

**UNIVERSIDADE FEDERAL DO PARANÁ
SETOR DE CIÊNCIAS JURÍDICAS
FACULDADE DE DIREITO**

CAIO ALEXANDRO LOPES KAIEL

O PRINCÍPIO DA LEGALIDADE COMO DIREITO FUNDAMENTAL

**CURITIBA
2007**

CAIO ALEXANDRO LOPES KAIEL

O PRINCÍPIO DA LEGALIDADE COMO DIREITO FUNDAMENTAL

Monografia apresentada ao Curso de Direito da Faculdade de Direito Universidade Federal do Paraná, como requisito parcial para obtenção do grau de bacharel em Direito, sob orientação do Professor Luiz Marlo de Barros Silva.

CURITIBA
2007

O PRINCÍPIO DA LEGALIDADE COMO DIREITO FUNDAMENTAL

Por

CAIO ALEXANDRO LOPES KAIEL

Monografia aprovada como requisito parcial para obtenção do grau de Bacharel em Direito, Faculdade de Direito da Universidade Federal do Paraná, pela comissão formada pelos professores:

Orientador: _____

Prof. Dr.: Luiz Marlo de Barros Silva

Prof. Dra.: Vera Karan de Chueiri

Prof. Dr.: Alvacir Alfredo Nicz

SUMÁRIO

TERMO DE APROVAÇÃO	III
RESUMO	VI
1. INTRODUÇÃO	1
2. CONCEITO DE PRINCÍPIO	3
2.1 Princípios no Ordenamento Jurídico.....	4
2.2 Diferença entre Regras e Princípios	5
2.3 Função dos Princípios	7
2.3.1 Função Fundamentadora - Validade ou Invalidade da lei.....	7
2.3.2 Função Interpretativa	10
2.3.3 A Função Supletiva e os Princípios Gerais do Direito	11
2.4 Normatividade dos Princípios	12
3. O PRINCÍPIO DA LEGALIDADE	14
3.1 Fundamentos Filosóficos do Princípio da Legalidade.....	15
3.2 A Reserva Legal perante o Princípio da Legalidade.....	24
3.3 O Devido Processo Legal diante do Princípio da Legalidade	28
3.4 A Lei e o Princípio da Legalidade	32
4. O PRINCÍPIO DA LEGALIDADE NOS DIREITOS FUNDAMENTAIS	34
4.1 O Princípio da Legalidade e o Direito à Liberdade	34
4.2 O Princípio da Legalidade e o Direito à Igualdade.....	35
4.3 O Princípio da Legalidade e o Direito à Segurança e à Vida	39
4.3.1 A Segurança Jurídica	39
4.4 O Princípio da Legalidade e o Direito à Propriedade.....	41
5. CONCLUSÃO	44
6. REFERÊNCIAS BIBLIOGRÁFICAS	46

Nós, representantes do povo brasileiro, reunidos em Assembléia Constituinte para instituir um Estado democrático destinado a assegurar o exercício dos direitos sociais e individuais, a liberdade, a segurança (...) promulgamos, sob proteção de Deus a seguinte Constituição da república Federativa do Brasil.

"Onde as leis não têm força, pululam os demagogos, e o povo torna-se tirano."
(Aristóteles)

RESUMO

O presente trabalho apresenta o princípio da legalidade enquanto direito fundamental. Não apenas por estar inserido dentre as garantias enumeradas no artigo quinto da Constituição Federal (inciso II), mas exatamente porque estas garantias (todas elas) resultam da força democrática daquele princípio.

A própria evolução do princípio da legalidade, enquanto obrigação à ordem legal, pela qual toda ação estatal e privada está sujeita à existência e ao termo da norma, propiciou a existência do Estado Democrático de Direito.

No primeiro capítulo, buscou-se descrever a importância normativa deste princípio. Demonstra que o princípio da legalidade, antes de tudo como princípio, possui força normativa e impõe o padrão que dá fundamento e interpretação a toda ordem do sistema jurídico.

O segundo capítulo trouxe, de início, uma breve explanação sobre a evolução histórica e filosófica do princípio da legalidade enquanto desenvolvimento democrático da lei, buscando desenhar traços básicos para tão somente demonstrar a importância deste princípio enquanto evolução do pensamento humano a respeito da origem e limitação do Poder do Estado. Em seguida, levou este princípio à conceituação de importantes corolários, como o princípio da reserva legal, do devido processo legal, este, inclusive como fonte do contraditório e da ampla defesa.

Por fim, o terceiro capítulo descreveu o princípio da legalidade como essência das garantias fundamentais, porquanto este princípio é fundamento de existência e instrumento de consecução daqueles direitos descritos no caput do artigo quinto da Constituição Federal, quais sejam: o direito à vida, à liberdade, à igualdade, à segurança e à propriedade.

1 INTRODUÇÃO

O Brasil tem passado por uma imensa avalanche de normas, segundo levantamento ocorrido em 2006¹, ocasião dos 18 anos de promulgação da atual Constituição, desde 5 de outubro de 1988, até a mesma data em 2006, foram editadas 3.510.804 normas, uma média de 21,57 normas por dia.

Em primeiro lugar, tal enxurrada de regras nos leva a refletir sobre a essência e a instabilidade de um sistema que exige correções e novas adaptações em tamanha quantidade, em tão curto espaço de tempo – sem dizer da conseqüente insegurança jurídica gerada neste sistema.

Também nos leva a pensar sobre os reais objetivos do Estado, enquanto Estado Democrático de Direito, quais sejam, a concretização da vontade geral e a instrumentalização de garantias fundamentais ao cidadão - objetivos impostos ao Poder Público pela própria Constituição.

Diante da problemática observada e à conclusão das primeiras deduções, surgiu a decisão de estudar, no campo constitucional, a própria principiologia das leis e suas conformações aos Direitos Fundamentais - como início, meio e fim de todo o Direito - a própria justificativa das leis.

Não se destina apenas a descrever a importância do Princípio da Legalidade, mas a apresentar a Lei em sua essência democrática como manifestação concreta da participação popular - tanto em sua criação, quanto interpretação e limitação desta - no que se diz ao seu fim último, qual seja, um Estado “socializador” e garantidor de oportunidades a todos os cidadãos (lembrando que é para isso que ele foi criado). É uma tentativa de ressaltar que as leis, mesmo a Lei Maior (a Constituição), estão subordinadas a Princípios, dentre eles o da Legalidade.

A escolha do Trabalho pela conformação do Princípio da Legalidade diante dos Direitos Fundamentais é uma extensão própria da reflexão Constitucionalista pela ótica da lei enquanto manifestação de princípios. E, na visão de Pontes de

¹ Dados extraídos de pesquisa do Instituto Brasileiro de Planejamento Tributário em conjunto com a Associação Brasileira de Defesa do Consumidor. Sob Coordenação dos Doutores Gilberto Luiz do Amaral, João Eloi Olenike, Fernando Steinbruch e Letícia M. Fernandes do Amaral. Disponível do site: www.ibpt.com.br/arquivos/estudos

Miranda², este Princípio da Legalidade demonstra claramente a conjunção fundamentalista da lei porquanto ela deve ser uma construção sobre tripla base - *Democracia, Igualdade e Liberdade*.

² MIRANDA, Pontes de. Comentários a Constituição de 1967. tomo I. p. 5

2 CONCEITO DE PRINCÍPIOS

Ao adentrarmos no estudo da Legalidade (ou, como diria Pontes de Miranda³ - legetariedade) necessário se faz, ainda que superficialmente, compreender o quem vem a ser *Princípio* e sua importância na discussão constitucional.

Partindo-se disso poderemos ter uma visão privilegiada sobre a importância do *Princípio da Legalidade*, suas principais colunas, objetivos e consequências.

Etimologicamente, princípio advém dos termos latinos *pris* – *antes, primeiramente, antigamente* – e *capere* (*captar, tomar, segurar, prender, conceber*). Depreende-se como sendo o significado de algo que se mostra na origem, começo, início de qualquer coisa.

Pelas bases da filosofia clássica, em Aristóteles, vemos que os princípios foram identificados como *a raiz do fundamento, como a síntese do ser e, por consequência, do conhecer e do agir*. Entre outras conceituações deste pensador sobre princípios, temos como sendo o *ponto de partida do conhecimento de alguma coisa – uma premissa*⁴.

Para a escolástica, referia-se a origem temporal, o começo e o fundamento ontológico ou real, o princípio lógico e norma para a ação.

Atualmente, equipara-se a uma proposição constitutiva de ponto de partida de um sistema; *“um princípio é uma proposição não fática, básica para um sistema de proposições, ou porque serve como primeira premissa do sistema, ou porque serve como regra de acordo com a qual o sistema pode ser elaborado”*⁵.

Seguindo a lição do professor José Ferrater Mora, *“o caráter comum a todos os princípios é o constituir a fonte de que derivam o ser, a geração, ou o conhecimento”*, equivalendo *“princípio a natureza de um ser, o elemento, o pensamento, a eleição, a substância e a causa final”*. Ou seja, o fundamento ou fonte donde outras coisas derivam.

³ MIRANDA, Pontes de. Comentários à Constituição de 1967, tomo I. p. 5.

⁴ TUCCI, Rogério Lauria. Princípio e Regras Orientadoras do Novo Processo Penal Brasileiro, editora Forense, Rio de Janeiro, 1986.

⁵ MORA, José Ferrater. Princípio, in Dicionario de filosofia, Editorial Sudamericana, Buenos Aires, 1958, pág. 1.098.

Diante disso, princípio é a fonte da qual algo procede, orientando sua destinação desde a origem; havendo precedência à existência de alguma coisa, ou em determinado conhecimento.

2.1 PRINCÍPIOS NO ORDENAMENTO JURÍDICO

Continuando na mesma sina, afirma o respeitado Professor Paulo Bonavides - "sem aprofundar a investigação acerca da função dos princípios nos ordenamentos jurídicos não é possível compreender a natureza, a essência e os rumos do constitucionalismo contemporâneo".⁶

Assim, já podemos perceber que não basta saber das leis, é fundamental conhecer os princípios que regem o ordenamento e, desta maneira, por intermédio da compreensão das funções dos princípios conhecer o alcance da lei sem olvidar o seu objetivo último, qual seja, a garantia do bem comum.

Na primeira análise deve-se destacar que os princípios, assim como as regras, são normas jurídicas⁷. Princípios são normas generalíssimas dentro do sistema que, devido ao seu alto grau de abstração e generalidade, figuram como mandamentos nucleares do sistema jurídico, condicionando as demais normas; por outro lado, regras descrevem fatos hipoteticamente fixados, possuindo a nítida função de regular, direta ou indiretamente, as relações jurídicas que se enquadrem nos moldes típicos por elas descritos.

⁶ BONAVIDES, Paulo. *Curso de direito constitucional*, 6ª ed., São Paulo: Malheiros, 1996, p. 231.

⁷ BARROSO, Luís Roberto. *Interpretação e aplicação da Constituição*, 2ª ed. Saraiva, São Paulo, 1998, p. 141. "a dogmática moderna avaliza o entendimento de que as normas jurídicas, em geral, e as normas constitucionais, em particular, podem ser enquadradas em duas categorias diversas: as normas-princípios e as normas-disposição. As normas-disposição, também referidas como regras, têm eficácia restrita às situações específicas as quais se dirigem. Já as normas-princípio, ou simplesmente princípios, têm, normalmente, maior teor de abstração e uma finalidade mais destacada dentro do sistema".

2.2 DIFERENÇA ENTRE REGRAS E PRINCÍPIOS

Temos ainda que princípios e regras são duas espécies distintas de normas jurídicas, no entanto a distinção destes gêneros permanece como tarefa complexa diante de que, em geral, deixa-se de esclarecer algumas questões de grande importância.

Inicialmente, cabe dizer que os princípios passaram de um grau de função meramente retórica (ou argumentativa) para o reconhecimento de sua natureza como norma fundamentadora do sistema, por sua vez, demonstrando que os princípios e as regras são suscetíveis de uma diferenciação qualitativa.

Princípio (...) é por definição, mandamento nuclear de um sistema, verdadeiro alicerce dele, disposição fundamental que se irradia sobre diferentes normas compondo-lhes o espírito e servindo de critério para sua exata compreensão e inteligência, exatamente por definir a lógica e a racionalidade do sistema normativo, no que lhe confere a tônica e lhe dá sentido harmônico. É o conhecimento dos princípios que preside a intelecção das diferentes partes componentes do todo unitário que há por nome sistema jurídico positivo.⁸

No primeiro caso, “os princípios são multifuncionais, podendo desempenhar uma função argumentativa, permitindo, por exemplo, denotar a *ratio legis* de uma disposição ou revelar normas que não são expressas por qualquer enunciado legislativo, possibilitando o desenvolvimento, integração e complementação pelo operador do direito”⁹.

Por consequência, temos que as regras são normas que prescrevem imperativamente uma exigência – impõem, permitem ou proíbem uma ação. Princípios são normas jurídicas impositivas de uma otimização, compatível com vários graus de concretização, consoante os condicionalismos fáticos e jurídicos. Assim, a convivência dos princípios é conflitual e a convivência das regras é antinômica; princípios coexistem, regras excluem-se. Quer dizer que, os princípios possibilitam, pela liberdade da ponderação de pesos e valores, um balanceamento de interesses - não se resumem à obediência, como as regras.

⁸ MELLO, Celso Antonio Bandeira de. Curso de Direito Administrativo. São Paulo: Malheiros, 2001. p. 771/772

⁹ CANOTILHO, J.J. Gomes. Direito Constitucional e teoria da Constituição. Coimbra: Almedina, 1998, p. 173.

Dworkin estabeleceu dois importantes critérios para a diferenciação dos princípios ante as regras, conforme “o tudo ou nada” e também pelo “peso ou importância”.

Pelo primeiro, as regras jurídicas são aplicadas ou por completo, ou não são aplicáveis, o que não acontece com os princípios jurídicos, que atuam de modo diverso, como veremos adiante.

O segundo, por outro lado, acentua que os princípios existem na dimensão do peso ou importância, pelo qual:

“os princípios possuem uma dimensão que não é própria das regras jurídicas: a dimensão do peso ou importância. Assim, quando se entrecruzam vários princípios, quem há de resolver o conflito deve levar em conta o peso relativo de cada um deles. As regras não possuem tal dimensão. Não podemos afirmar que uma delas, no interior do sistema normativo, é mais importante do que outra, de modo que, no caso de conflito entre ambas, deva prevalecer uma em virtude do seu peso maior. Se duas regras entram em conflito, uma delas não é válida”¹⁰

Temos que as regras não deixam qualquer espaço para outra solução, pois se uma regra tem validade deve-se cumpri-la na sua exata medida. Elas possuem “fixações normativas”, sendo insustentável a validade simultânea de regras contraditórias. O que não acontece entre princípios, pois estes podem ser objeto de ponderação, de harmonização.

Os princípios servem de padrão vinculativo de leis, decisões judiciais e atos administrativos – ou seja, amarram atos administrativos e padrões legais.

Manifestam-se através do processo legislativo e no trabalho interpretativo das regras, também no labor dos processos administrativo e judicial.

Revelam-se como parâmetros de aferição da validade ou invalidade de regras, por consequência, são a pedra angular do sistema jurídico regendo inclusive a abrangência destas.

Também existem como paradigmas interpretativos de regras e de fatos, impondo “coerência normativa” entre as leis e entre os fatos e as leis.

Preenchem lacunas do sistema normativo, ou seja, diante de anomias da ordem jurídica, exercem comandos resolutivos. Modernamente, função compreendida pela busca da solução na raiz (fonte) de onde nascem as.

¹⁰ ESPÍNDOLA, Ruy Samuel. Conceito de Princípios Constitucionais. Revista dos Tribunais, São Paulo, 1999, p. 65

2.3 FUNÇÃO DOS PRINCÍPIOS

Vale iniciar o estudo das funções dos princípios na afirmação de Vicente Ráo, pelo qual, “a ignorância dos princípios “quando não induz a erro, leva à criação de rúbulas em lugar de juristas”.¹¹

Segundo Canotilho¹², os Princípios operam na interação de três funções primordiais:

- Fundamentação de Validade ou Invalidade da lei;
- Orientação da interpretação;
- Base subsidiária¹³.

Ao lado dessas, poderíamos apontar mais uma função. Sendo instrumento de contextualização da juridicidade da norma à realidade a que se referem, indicando qual a posição que os agentes jurídicos devem tomar em relação a ela – apontando o rumo que deve seguir a regulamentação diante da realidade, de modo a não violar demais valores¹⁴.

2.3.1 Função Fundamentadora - Validade ou Invalidade da lei

Princípios existem como alicerces, sendo a “disposição fundamental que se irradia sobre as regras, compondo-lhes o espírito e servido de critério para sua exata compreensão e inteligência, exatamente por definir a lógica e a racionalidade do sistema normativo, no que lhe confere a tônica e lhe dá sentido harmônico”¹⁵.

¹¹ RÁO, Vicente. *O Direito e a Vida dos Direitos*, 5.^a edição, Revista dos Tribunais.

¹² ESPÍNDOLA, Ruy Samuel. *Conceito de Princípios Constitucionais*. Revista dos Tribunais, São Paulo, 1999, p. 68.

¹³ ROCHA, José de Albuquerque. *Teoria Geral do Processo*. 4.^a ed. Malheiros, São Paulo, 1999, p. 46. No mesmo sentido, o jurista espanhol F. de Castro assim compendiou: a função de ser “fundamento da ordem jurídica”, com “eficácia derogatória e diretiva”, sem dúvida a mais relevante, de enorme prestígio no Direito Constitucional contemporâneo, a seguir, a função orientadora do trabalho interpretativo e, finalmente, a de “fonte em caso de insuficiência da lei e do costume” (*apud* BONAVIDES, Paulo. *Curso...* p. 255).

¹⁴ ROCHA, José de Albuquerque. *Ob. Cit.* p. 47.

¹⁵ MELLO, Celso Antônio Bandeira de. *Elementos de Direito Administrativo*. Ed. RT, São Paulo, 1980, p. 230.

Evidência demonstrada no amparo pelo qual as regras encontram validação - desde o processo legislativo o legislador deve recorrer aos princípios para encontrar inspiração para a lei.

Inspiração porque, de uma maneira ou de outra, consciente ou inconscientemente, quando o legislador cria uma lei, o faz por base em algum princípio, caso contrário, a regra poderá estar destituída de legitimidade, caso venha contrariar algum princípio – eis a própria essência do controle da constitucionalidade, sendo estas comparações entre princípios fundantes e regras o alicerce de toda a normatividade pátria.

Percebemos também a função fundamentadora dos princípios quando diante de antinomias, pela sua solução na interpretação mediante os princípios que regem as regras em contradição. Não há contradição entre princípios, posto que estes coexistem entre si, sendo a regra uma aplicação conforme disposições principiológicas, posto que estas estão fundamentadas em preceitos sociais, culturais, religiosos, entre outros.

Os princípios fundamentam também as decisões jurídicas, quando municiam decisões na legitimidade, mediante as próprias bases validadoras do ordenamento jurídico, servindo de parâmetro entre o julgamento e o fundamento normativo constitucional.

É o que se observa nos julgamentos abaixo:

Voto do Min. Celso de Mello, proferido na PET-1458/CE-Ceará/Petição/Julgamento:26/02/1998. Publicação: DJ Data – 04.03.98 P-00010 “O respeito incondicional aos princípios constitucionais evidencia-se como dever inderrogável do Poder Público. A ofensa do Estado a esses valores - que desempenham, enquanto categorias fundamentais que são, um papel subordinante na própria configuração dos direitos individuais ou coletivos - introduz um perigoso fator de desequilíbrio sistêmico e rompe, por completo, a harmonia que deve presidir as relações, sempre tão estruturalmente desiguais, entre os indivíduos e o Poder”.¹⁶

É dever do Poder Público respeitar incondicionalmente os princípios constitucionais, do contrário, estará em conflito com as próprias bases da sociedade para a qual existe e por quem foi criado, vendo-se assim, compreendemos que os valores intrínsecos da sociedade se refletem nos princípios, que criam as leis e, por

¹⁶ Fonte: www.stf.gov.br

conseqüência, direcionam estas leis (criadas pela sociedade como obrigações impostas ao Estado) para a concretização e garantia de direitos individuais e coletivos.

EMENTA: RECURSO EXTRAORDINÁRIO. MANDADO DE SEGURANÇA. LIQUIDAÇÃO EXTRAJUDICIAL DE INSTITUIÇÃO FINANCEIRA. BLOQUEIO DE DEPÓSITOS EM CONTA-CORRENTE. ALEGADA CONTRARIEDADE AOS ARTS. 5º, II E XXII; 97 E 192, DA CONSTITUIÇÃO FEDERAL. - O acórdão recorrido não analisou a matéria constitucional disposta nos arts. 5º, II e 192¹⁷. (...) não há afronta ao art. 97 da CF, pois o Tribunal a quo não declarou a inconstitucionalidade de qualquer dispositivo da Lei nº 6.024/74. Jurisprudência deste SUPREMO entende que, em razão da natureza jurídica do contrato de depósito bancário, o depositante perde a qualidade de proprietário do bem depositado e passa a mero titular do crédito equivalente ao depósito e eventuais rendimentos (ADIMC 1715, MAURÍCIO CORRÊA, DJ 30.04.2004). - A liberação do bloqueio efetivado pelo BACEN na conta-corrente do recorrido, em decorrência de liquidação extrajudicial da instituição financeira, fere o direito de propriedade da massa liquidanda. - Recurso conhecido parcialmente e, nesta parte, provido.¹⁸

Acima percebemos o exemplo da comparação que as normas sofrem diante dos princípios, elemento de fundamento de validade – artigo 5.º, II¹⁹ (o princípio da legalidade) e artigo 97²⁰, ambos da Constituição Federal de 1988.

ELLEN GRACIE. Julgamento: 08/10/2002. Órgão Julgador> Primeira Turma. Publicação: DJ 06.12.2002 PP 00065 EMENT VOL 02094-02 PP 00391 LEI Nº 8.030/90. EFEITOS RETROATIVOS SOBRE CONTRATOS ANTERIORES A SUA EDIÇÃO. ART. XXXVL DA CF/88. OFENSA DIRETA. 1 – O controle de constitucionalidade exercido em hipótese de ofensa ao princípio da irretroatividade das leis (art. 5º. XXXVI, da CF/88) pressupõe a interpretação da lei ordinária, cuja validade se pretende questionar, não havendo que se falar em ofensa indireta. (...) os princípios constitucionais são normas jurídicas e, por isso, sempre que a decisão contrariar o princípio estará contrariando a norma constitucional diretamente e na sua pior forma de violação, que é a contrariedade a princípio.²¹

¹⁷ Art. 192 da Constituição Federal. “O sistema financeiro nacional, estruturado de forma a promover o desenvolvimento equilibrado do País e a servir aos interesses da coletividade, em todas as partes que o compõem, abrangendo as cooperativas de crédito, será regulado por leis complementares que disporão, inclusive, sobre a participação do capital estrangeiro nas instituições que o integram”.

¹⁸ Fonte: www.stf.gov.br

¹⁹ Artigo 5.º, II da Constituição Federal: “Ninguém será obrigado a fazer ou deixar de fazer alguma coisa senão em virtude da lei”

²⁰ Artigo 97 da Constituição Federal: “Somente pelo voto da maioria absoluta de seus membros ou dos membros do respectivo órgão especial poderão os Tribunais declarar a inconstitucionalidade de lei ou ato normativo do Poder Público”.

²¹ Fonte: www.stf.gov.br

Cabe ressaltar, no julgamento da Ministra Ellen Gracie, que os princípios são normas jurídicas e qualquer decisão contrária a eles será do pior tipo de desrespeito à própria Constituição Federal.

Concluímos que os princípios constitucionais exercem uma característica eminentemente direcionadora, impondo deveres ao Poder Público quando a ele vincula diversas responsabilidades pela constituição a que o Estado está submisso.

2.3.2 Função Interpretativa

A função orientadora da interpretação jamais poderá estar divorciada da função fundamentadora, logicamente, se a lei está fundamentada em princípios, deverá ser interpretada de acordo com estes – o fundamento que lhe deu origem, segue em sua essência.

Poderíamos afirmar, sem dúvida alguma, que a principal função do princípio, não apenas para o direito, mas para todas as esferas da vida, é servir de instrumento orientador.

Segundo o professor Luiz Roberto Barroso²², o ponto de partida do intérprete há de ser sempre os princípios constitucionais, que são o conjunto de normas que espelham a ideologia da Constituição, seus postulados básicos e seus fins. Dito de forma sumária, os princípios constitucionais são as normas eleitas pelo constituinte com fundamentos ou qualificações essenciais da ordem jurídica de institui.

Também orientam decisões judiciais quando exprimem o caminho pelo qual percorre o direito, a exemplo (transcrito abaixo) temos o uso das súmulas, como sendo o instrumento de orientação resultante de diversas reflexões em um mesmo assunto:

E M E N T A: AGRAVO DE INSTRUMENTO - TRASLADO INCOMPLETO - AUSÊNCIA DE CERTIDÃO COMPROBATÓRIA DA TEMPESTIVIDADE DO RECURSO EXTRAORDINÁRIO - FUNÇÃO JURÍDICO-PROCESSUAL DO AGRAVO DE INSTRUMENTO DEDUZIDO CONTRA DECISÃO QUE NEGA TRÂNSITO AO RECURSO EXTRAORDINÁRIO - SÚMULA 288/STF - APLICABILIDADE - A SÚMULA COMO RESULTADO PARADIGMÁTICO PARA FUTURAS DECISÕES - AGRAVO IMPROVIDO. TRASLADO INCOMPLETO - PROVA DA

²² BARROSO, Luiz Roberto. O Direito Constitucional e a Efetividade de suas Normas. Editora Renovar, 7ª edição atualizada. São Paulo, 2003.

TEMPESTIVIDADE DO RECURSO EXTRAORDINÁRIO - SÚMULA 288. – (...) PRINCÍPIO DA LEGALIDADE E SÚMULA 288/STF. - Não ofende o princípio da legalidade a decisão que, ao interpretar o ordenamento positivo em ato adequadamente motivado, limita-se, sem qualquer desvio hermenêutico, e dentro dos critérios consagrados pela Súmula 288/STF, a considerar como "essencial à compreensão da controvérsia" a peça referente à comprovação da tempestividade do recurso extraordinário. A SÚMULA DA JURISPRUDÊNCIA PREDOMINANTE DO SUPREMO TRIBUNAL. - A Súmula - enquanto instrumento de formal enunciação da jurisprudência consolidada e predominante de uma Corte judiciária - constitui mera proposição jurídica, destituída de caráter prescritivo, que não vincula, por ausência de eficácia subordinante, a atuação jurisdicional dos magistrados e Tribunais inferiores. (...) A Súmula, embora refletindo a consagração jurisprudencial de uma dada interpretação normativa, não constitui, ela própria, norma de decisão, mas, isso sim, decisão sobre normas, na medida em que exprime - no conteúdo de sua formulação - o resultado de pronunciamentos jurisdicionais reiterados sobre o sentido, o significado e a aplicabilidade das regras jurídicas editadas pelo Estado. - A formulação sumular, que não se qualifica como "pauta vinculante de julgamento", há de ser entendida, consideradas as múltiplas funções que lhe são inerentes - função de estabilidade do sistema, função de segurança jurídica, função de orientação jurisprudencial, função de simplificação da atividade processual e função de previsibilidade decisória, v.g. (RDA 78/453-459 - RDA 145/1-20) -, como resultado paradigmático a ser autonomamente observado, sem caráter impositivo, pelos magistrados e demais Tribunais judiciais, nas decisões que venham a proferir.²³

Assim, o princípio, no que falamos do princípio da legalidade, é – ou deveria ser – intrínseco à própria regra. Não apenas como fonte de onde elas nascem, mas também a bússola que orienta toda sua aplicação no direito – princípios orientam a lei até a sua promulgação e permanece orientando, pela sua natureza, até que seja alcançada a sua finalidade, ou durante o tempo de sua aplicação.

2.3.3 Função Supletiva e os Princípios Gerais do Direito

É referência ao ultrapassado entendimento de que os princípios exercem uma função secundária perante falhas no sistema jurídico. Descreve-se pelo artigo 4.º da Lei de Introdução ao Código Civil, pelo qual, “quando a lei for omissa, o juiz decidirá o caso de acordo com a analogia, os costumes e os princípios gerais de direito”.

Assim, quando a lei não dispõe sobre determinado assunto, a solução deverá estar direcionada por caminhos de outras fontes do direito (analogia, costumes e “princípios gerais do direito”)

²³ Fonte: www.stf.gov.br

Certamente que a fonte formal do direito é a lei, no entanto, seguindo pelo entendimento de que toda lei advém de princípios diretores e que também lhe são orientadores, fazemos crer que os “princípios gerais do direito” são os instrumentos adequados para a superação de omissões nos dispositivos.

Entendendo-se ainda que não apenas as decisões de juizes, mas toda posição interpretativa encontra, primeiramente nos princípios, fundamento primordial de trabalho. Ou seja, se a fonte de onde nascem as leis são os princípios, as falhas da lei são encontradas nos princípios contidos na constituição a sua solução.

Voltando ao artigo 4.º da Lei de Introdução ao Código Civil²⁴, não se deve hierarquizar um grau de importância aos tipos lançados pelo artigo 4.º da Lei de Introdução ao Código Civil – jamais se deverá crer que os princípios gerais do direito estão em último grau de importância e aplicação quando comparados à analogia ou aos costumes, mesmo porque, são os princípios que orientam uma aplicação por analogia, o mesmo acontecendo na aplicação consuetudinária.

Assim, os princípios não devem ser compreendidos como fonte secundária, mas como fonte principal, aonde a própria lei nasce. Quando regra não for suficiente por si mesma, retorna-se à raiz do sistema para buscar a solução normativa correspondente e satisfatória.

2.4 NORMATIVIDADE DOS PRINCÍPIOS

O Professor Celso Antonio Bandeira de Mello afirma que:

“Violar um princípio é muito mais grave do que transgredir uma norma. A desatenção ao princípio implica ofensa não apenas a um específico mandamento obrigatório, mas a todo o sistema de comandos. É a mais grave forma de ilegalidade ou inconstitucionalidade, conforme o escalão do princípio atingido, porque representa insurgência contra todo o sistema, subversão de seus valores fundamentais”²⁵.

Ainda, segundo afirmação de Eros Grau: “O afastamento de um princípio implica perda de efetividade da regra que lhe dá concreção”²⁶

²⁴ artigo 4.º da Lei de Introdução ao Código Civil: “quando a lei for omissa, o juiz decidirá o caso de acordo com a analogia, os costumes e os princípios gerais de direito”

²⁵ MELLO, Celso Antonio Bandeira de. Elementos de Direito Administrativo, 1994, p. 230.

²⁶ GRAU, Eros. A Ordem Econômica na Constituição de 1988, Malheiros Editores, 8ª edição, 2003, p. 136.

Evidentemente, a diferença entre os princípios e as regras nos faz reconhecer que os princípios jurídicos possuem status de norma de direito – norma jurídica. Portanto, os princípios estão revestidos de força normativa, são normas importantes no sistema jurídico. Possuem “eficácia positiva ou negativa sobre comportamentos públicos ou privados bem como sobre a interpretação e aplicação de outras normas, como as regras e outros princípios”²⁷.

O Professor Manoel Gonçalves Ferreira Filho afirma que:

“os juristas empregam o termo princípio em três sentidos de alcance diferente. Primeiramente, seriam supernormas, ou seja, normas gerais ou generalíssimas, que exprimem valores e que por isso, são ponto de referência, modelo, para regras que as desdobram. No segundo, seriam standards, que se imporiam para o estabelecimento de normas específicas - ou seja, as disposições que preordenem o conteúdo da regra legal. No último, seriam generalizações, obtidas por indução a partir das normas vigentes sobre determinada ou determinadas matérias. Nos dois primeiros sentidos, pois, o termo tem uma conotação prescritiva; no derradeiro, a conotação é descritiva: trata-se de uma abstração por indução”²⁸

Muito embora a posição normativa de preeminência dos princípios ainda seja motivo de discussão, evidente nos é a sua força normativa perante o ordenamento enquanto servem de fonte de onde nascem as demais normas, também como instrumento de onde as regras encontram validade, direcionamento e objetividade.

“Princípio é, com efeito, toda norma jurídica, enquanto considerada como determinante de uma ou de muitas outras subordinadas, que a pressupõem, desenvolvendo e especificando ulteriormente o preceito em direções mais particulares, das quais determinam, e portanto resumem, potencialmente, o conteúdo: sejam, pois, estas efetivamente postas, sejam, ao contrário, apenas dedutíveis do respectivo princípio geral que as contém”²⁹

²⁷ ESPÍNDOLA, Ruy Samuel. Conceito de Princípios Constitucionais. Editora RT, 2002.

²⁸ FERREIRA FILHO, Manoel Gonçalves. Direito Constitucional do Trabalho - Estudos em Homenagem ao prof. Amauri Mascaro do Nascimento. Ed. Ltr, 1991, Vol. I, pp. 73-74.

²⁹ BONAVIDES, Paulo. Curso de Direito Constitucional. 7ª ed. Malheiros, São Paulo, 1998.p.230.

3 O PRINCÍPIO DA LEGALIDADE

“Só a lei limita a atividade humana”³⁰ (Pontes de Miranda)

Sem outra conclusão, o artigo 5.º, II, da Carta Constitucional de 1988 determina exatamente que “Ninguém será obrigado a fazer ou deixar de fazer alguma coisa senão em virtude da lei”; tal descrição está inserida no rol dos Direitos e Garantias Fundamentais, dentre os Direitos e Deveres Individuais e Coletivos.

Esta afirmação traduz o Princípio da Legalidade, pelo qual, desde sua origem, representa a vitória contra desmandos ditatoriais e atos governamentais desprovidos da discussão perante os interesses da “vontade geral”, isto é, atos jurídicos formais fundamentados pelos representantes do povo em Assembléias legislativas – ato legislativo.

O Princípio da Legalidade (ou *legalitariedade*³¹ – como diria Pontes de Miranda) consiste na instituição de direito elaborado, expresso em leis discutidas pelos representantes do povo – não apenas uma edição de normas impositivas, limitadas ao sentido material das normas.

Por assim dizer, Princípio da Legalidade se traduz pela afirmação de que:

“Ninguém será obrigado a fazer alguma coisa senão em virtude de regra jurídica emanada dos representantes do povo que nascem do sufrágio direto, através dos partidos políticos, que são múltiplos e que garantem os direitos fundamentais do homem, devendo a regra jurídica ser formalmente igual para todos.”³²

Conclui-se que qualquer regra jurídica que crie dever de ação positiva (fazer) ou de ação negativa (abster-se) tem de ser regra de lei, com as formalidades que a Constituição exige.

Celso Ribeiro Bastos e Ives Gandra Martins enunciam que o princípio da legalidade está mais próximo de ser uma garantia constitucional, porque asseguram aos particulares prerrogativas de resistir às injunções que não estejam na lei³³.

Cabe ainda ressaltar que este princípio está intimamente vinculado à existência de um Estado Democrático de Direito.

³⁰ MIRANDA, Pontes de. Comentários à Constituição de 1967, Tomo I, pág 5.

³¹ *Op cit*, pág 5

³² FERREIRA, Wolgram Junqueira. Comentários à Constituição de 1988. pág. 119.

³³ MORAES, Alexandre de. Direitos Humanos Fundamentais: Teoria Geral, pág. 106.

“O Estado de Direito desenvolveu-se associado ao princípio da legalidade, ao primado da lei, idealmente desenvolvido como expressão da vontade geral institucionalizada”³⁴

3.1 FUNDAMENTOS FILOSÓFICOS DO PRINCÍPIO DA LEGALIDADE.

Aristóteles já dizia que a organização do Estado deveria ser dividida em três partes, que merecem atenção: A) A assembléia dos cidadãos, instrumento deliberante, por isso existindo como o verdadeiro soberano; B) a magistratura, isto é, os funcionários escolhidos pela assembléia dos cidadãos para cumprirem determinadas funções; C) Um corpo judiciário. Passando distante das críticas a esta construção, importa-nos observar apenas que a visão tripartida do poder nos é de longa data.

Nisso ressaltamos a posição de Aristóteles, segundo a qual, os governos compõe-se de três funções essenciais, sendo que uma delas, a função “legislativa”, teria a responsabilidade de equilibrar as relações de Poder no governo, ou seja, construir a harmonia entre todas as funções - quando os poderes estão dispostos em equilíbrio harmônico, certamente será um exemplo de bom governo.³⁵

"Em todo governo, existem três poderes essenciais, cada um dos quais o legislador prudente deve acomodar da maneira mais conveniente. Quando estas três partes estão bem acomodadas, necessariamente o governo vai bem, e é das diferenças entre estas partes que provêm as suas. O primeiro destes três poderes é o que delibera sobre os negócios do Estado. O segundo compreende todas as magistraturas ou poderes constituídos, isto é, aqueles de que o Estado precisa para agir, suas atribuições e a maneira de satisfazê-las. O terceiro abrange os cargos de jurisdição"

A primeira lição será aquela na qual devemos considerar que a plena harmonia das funções de um Estado é essencial ao seu objetivo maior, qual seja, o bem comum, deste modo, é essencial a atuação do poder Legislativo.

Mais adiante, como consequência de uma evolução histórica marcada pelo declínio da sociedade feudal, e o desenvolvimento econômico da burguesia, na

³⁴ BARROSO, Luiz Roberto. Apontamentos sobre o Princípio da Legalidade (delegações legislativas. poder regulamentar. repartição constitucional das competências legislativas). Temas de direito constitucional, 2001, p.168.

³⁵ ARISTÓTELES. A Política, Editora Martins Fontes, página 113.

própria formação do capitalismo, a história foi marcada por uma nova ordem social que se opunha aos privilégios de uma minoria opressora - nobreza.

Nesta evolução, a própria justificação (legitimação) do poder fora colocada em cheque diante do entendimento da lei como instrumento de Justiça (retidão), o que resultou do desenvolvimento doutrinário no estudo do Direito como ciência.

Primeiramente, a doutrina jusnaturalista viria a revitalizar a “justificação racional” da origem do poder de Estado, por conseqüência, defendeu a posição de que o Estado não poderia ser reduzido à vontade do soberano, surgindo a teorização da substituição da *voluntas* pela *ratio legis*.

Os ideais deste racionalismo terminaram por difundir a valorização da liberdade e da existência de direitos individuais inalienáveis, estando estes acima do próprio Estado, acabando por formar um ideal de necessidade de se valorizar a liberdade e a existência de direitos inatingíveis dos indivíduos, direitos que estariam acima do próprio Estado (num determinado contexto histórico, o Soberano).

Diversos pensadores batalharam em suas argumentações, certamente todos foram importantes para a evolução do direito na sociedade. Contudo, faz-se necessário citar apenas alguns destes filósofos e, muito embora isso ocorra de forma superficial, busca-se tão somente demonstrar o caminho do pensamento humano na evolução do conceito da lei, o que veio a resultar no próprio princípio da legalidade.

Thomas Hobbes afirmou que a origem do poder do soberano estava nos próprios súditos, porquanto estes renunciavam uma parcela de liberdade (direito de natureza) e tornavam-se subordinados à força do Estado, que, por outro lado, lhe garantiria proteção – em sentido amplo, segurança – o que chamou-se “Contrato Social”.

Hobbes ainda trouxe a teoria pela qual apenas a limitação prévia da lei pode atingir a liberdade do homem quando disse:

"Destas relações entre o pecado e a lei, e entre o crime e a lei civil, pode inferir-se, em primeiro lugar, que onde acaba a lei acaba também o pecado. Em segundo lugar, que onde acaba a lei civil acaba também o crime"³⁶

Outro pensador viria a complementar estas idéias - John Locke - quando afirmou que o homem possui direitos intrínsecos à sua existência, “direitos naturais”

³⁶ HOBBS, Thomas. *Leviatã*, Os Pensadores. Ed. Abril, pág. 176.

que caracterizariam o indivíduo; quais sejam, vida, liberdade e propriedade, como requisitos inerentes à igualdade entre os homens. Diante destas conclusões, terminou por pregar o anti-absolutismo e a limitação da autoridade do governante, substituindo-se o autoritarismo do monarca pela soberania do povo – homens livres e iguais entre si.

No juspositivismo, por sua vez, destacou-se o choque entre os termos “direito natural” e “direito positivo”, neste diapasão, BOBBIO explica que o positivismo jurídico “é uma concepção do direito que nasce quando ‘direito positivo’ e ‘direito natural’ não mais são considerados direito no mesmo sentido, mas o direito positivo passa a ser considerado como direito em sentido próprio. Por obra do positivismo jurídico ocorre a redução de todo o direito a direito positivo, e o direito natural é excluído da categoria do direito: o direito positivo é direito, o direito natural não é direito. A partir deste momento o acréscimo do adjetivo ‘positivo’ ao termo ‘direito’ torna-se um pleonasmo mesmo porque, se quisermos usar uma fórmula sintética, o positivismo jurídico é aquela doutrina segundo a qual não existe outro direito senão o positivo.”³⁷

Ou seja, a partir da doutrina juspositivista teve início à aplicação do modelo cientificista no direito (a busca da justificação racional do direito), pelo qual o racionalismo foi elevado a instrumento de validade do Direito, por consequência, da lei – o trabalho de esclarecer o direito.

Naquele momento, Hans Kelsen desempenhou um papel preponderante nesta tradução do pensamento positivista para o direito, quando trouxe fundamentos lógico-rationais ao estudo do direito. Vale ressaltar o conceito de “ser” e “dever ser” quanto ao caráter prescritivo das normas – fator de embasamento axiológico, por levar em consideração os valores morais que dirigem a sociedade – essência do estudo do direito.

Ainda outras contribuições, como a teorização de uma norma fundamental, marcaram o trabalho deste pensador pela busca da segurança jurídica.

Conforme exposto, temos que o Jusnaturalismo representou o primeiro passo em direção a individualização do Direito como ciência, posto que o desvinculou das

³⁷ BOBBIO, Norberto. O positivismo Jurídico - lições de filosofia do direito. São Paulo, Editora Ícone, 1995, p.26.

justificações metafísicas do poder do monarca; e, de outra forma, o Positivismo Jurídico desenvolveu-se no esforço de atribuir ao Direito do *status* de ciência.

Percebemos que desde os contratualistas que a autoridade designada ao Estado, na teoria de um Contrato Social, jamais deveria ser excedida, acontecendo, incorrerá em quebra de contrato, dando ao povo o direito de redirecionar a soberania (sublevação).

Portanto, a primeira lei do homem necessariamente deve ser a instituição do Poder Legislativo³⁸ - a lei -, cujo objetivo deve ser o de estabelecer meios para a preservação da sociedade organizada - o bem comum.

Montesquieu, outro pensador de relevância a este trabalho, trouxe a teoria da separação dos poderes (voltando assim a Aristóteles, havendo, contudo, inclusão da função judiciária), por este pensador, Estado deveria ser repartido em três poderes de funções distintas.

Em sua opinião, "o normal seria a existência de um órgão próprio para cada função, considerando indispensável que o Estado se organizasse com três poderes, pois 'tudo estaria perdido se o mesmo homem ou mesmo corpo dos principais, ou dos nobres, ou do povo, exercesse esses três poderes'"³⁹.

Destaca-se a necessidade da limitação do poder porquanto "A liberdade só existe quando não se abusa do poder. (...) Para que não se abuse do poder é necessário que pela disposição das coisas o poder limite o poder. Quando na mesma pessoa ou no mesmo corpo de magistrados, o Poder legislativo está unido ao Poder Executivo, não há liberdade, pois é de esperar que o mesmo monarca ou assembléia faça leis tirânicas e as execute tiranicamente. Não há também liberdade, se o poder de julgar não está separado do Poder legislativo e do Executivo. Se aquele que estiver unido ao Poder Legislativo, o poder sobre a vida e a liberdade dos cidadãos será arbitrário, pois o juiz será também o legislador. Se o poder de julgar estiver unido ao Poder executivo, o juiz terá a força de um opressor"⁴⁰.

³⁸ Locke acreditava que o Poder Legislativo seria temporário, assim, o ato de fazer leis seria ocasional, e os membros desta função, após concluídas as tarefas deveriam retornar à sociedade, desta feita, estariam obrigadas àquelas leis. Explica que se o Legislativo houvesse por permanente seria demasiado tentador, e os legisladores estariam postos acima das leis que fizessem. Percebe-se aqui o alvorecer da distinção entre as funções legislativa e executiva, havendo-se na limitação mútua.

³⁹ Dalmo de Abreu Dallari, Elementos de Teoria Geral do Estado, Editora Saraiva, página 189.

⁴⁰ MONTESQUIEU. O Espírito das Leis, livro XI, capítulo VI.

Percebemos, neste ponto, que em comum a estes pensadores exalta-se a importância do Poder Legislativo, porquanto dele originam as leis como instrumento fruto da razão e da vontade geral, diante das quais deveriam estar submissos todos aqueles que detivessem a direção do Estado – nascendo o ideal de que devemos ser governados não pela vontade de um monarca, governante, ou qualquer que detenha poder de execução política, antes somos governados por LEIS.

Voltando-se ao trabalho do conceito da Lei, temos em Rousseau a contribuição para uma adequação da lei no governo como manifestação da vontade geral. Posto que a lei representa a expressão máxima da soberania, evoluindo do conceito de estado advindo do vínculo originário no Contrato Social.

Rousseau ainda propôs a conexão da essência democrática com a afirmação da igualdade plena, ocorrido neste instrumento chamado lei:

"Quando digo que o objeto das leis é sempre geral, por isso entendo que a Lei considera os súditos como corpo e as ações como abstratas, e jamais um homem como um indivíduo ou uma ação particular. Desse modo, a Lei poderá muito bem estatuir que haverá privilégios, mas ela não poderá concedê-los nominalmente a ninguém; a Lei pode estabelecer diversas classes de cidadãos, especificar até as qualidades que darão direito a essas classes, mas não poderá nomear este ou aquele para serem admitidos nelas; pode estabelecer um governo real e uma sucessão hereditária, mas não pode eleger um rei ou nomear uma família real. Em suma, qualquer função relativa a um objeto individual não pertence, de modo algum, ao poder legislativo"⁴¹

A construção constitucionalista inspirou-se em ideais jusnaturalistas e juspositivistas, no que, posteriormente, chegou-se a denominar pós-positivismo, aceitando as influências de um direito natural no próprio direito positivado quando firmou o entendimento da aplicação normativa dos princípios, sem, contudo, deixar de lado sua fonte formal - a lei, posto que esta representa a manifestação da vontade geral.

Concluiu-se que somente esta vontade geral poderia dirigir as forças do Estado de acordo com a finalidade para a qual foi instituída, que é o bem comum, porque, se a oposição dos interesses particulares tornou necessário o estabelecimento das sociedades, foi o acordo desses mesmos interesses que o possibilitou.

Assim, a lei é definida como instrumento disciplinador de relações entre indivíduos, e indivíduos e o Estado, para a consecução da vontade geral.

⁴¹ ROUSSEAU. Do Contrato Social, Coleção Os Pensadores, pág. 56.

Os primeiros a tomarem por concretas as teorias liberais foram os Estados Unidos da América, quando da proclamação de sua independência em 1776, publicando ao mundo uma das mais importantes sínteses liberal:

"(...)Consideramos estas verdades evidentes por si. Que todos os homens foram criados iguais; que foram dotados pelo Criador de certos direitos inalienáveis, que, entre eles, estão a vida, a liberdade e a busca da felicidade; que, a fim de assegurar esses direitos, instituem-se entre os homens os governos, que derivam os seus justos poderes do consentimento dos governados; que, sempre que qualquer forma de governo se torne destrutiva de tais fins, cabe ao povo o direito de alterá-lo ou aboli-lo e instituir novo governo, baseando-o em tais princípios e organizando-lhes os poderes pela forma que lhe pareça mais conveniente para realizar-lhe a segurança e a felicidade(...) Por conseqüência, nós, representantes dos Estados Unidos da América, (...), publicamos e declaramos solenemente: Que estas colônias unidas são (...) Estados livres e independentes; que estão absolvidas de qualquer vassalagem para com a coroa Britânica, e que todo vínculo político entre elas e a Grã-Bretanha está e deve ficar totalmente dissolvido; e que, como estados livres e independentes, têm inteiro poder para declarar guerra, concluir paz, contratar alianças, estabelecer comércio e praticar todos os atos e ações a que têm direito os estados independentes. E em apoio desta declaração, cheios de firme confiança na proteção da divina providência, empenhamos mutuamente uns aos outros, a vida, a fortuna e honra sagrada."⁴²

Por sua vez, o parágrafo 5º da Declaração de Direitos da Virgínia afirma que "os poderes executivo e legislativo do Estado deverão ser separados e distintos do judiciário".

Não diferente, a Declaração dos Direitos do Homem e do Cidadão, em seu artigo XVI, estabelece que "Toda sociedade na qual a garantia dos direitos não está assegurada, nem a separação dos poderes determinada, não tem constituição".

Do contexto histórico apresentado advém a afirmação de que "todos os seres humanos nascem livres e iguais em dignidade e direito. São dotados de razão e de consciência, e devem agir, uns em face de outros, com espírito de fraternidade"⁴³.

Por evidente, a pregação liberal, consubstanciada em diversas constituições do mundo pós independência estadunidense, orientava o Estado para uma maior

⁴² Declaração da Independência dos Estados Unidos. Thomas Jefferson

⁴³ Artigo primeiro da Declaração Universal dos Direitos do Homem e do Cidadão. Além deste, destaca-se o artigo segundo, pelo qual: "Qualquer cidadão poderá valer-se de todos os direitos e liberdades proclamadas na presente Declaração, sem distinção de raça, de cor, de sexo, de língua, de religião, de opinião política ou qualquer outra, de origem nacional ou social, de fortuna, de nascimento ou de outra qualquer situação. Além disso, nenhuma distinção será feita na base do estatuto político, jurídico ou internacional do país, ou território, do qual alguém se tenha retirado, seja de país ou território independente, sob tutela, não autônomo, ou submetido a qualquer limitação de soberania.

preocupação dos meios de garantir o desenvolvimento das forças econômicas, de forma que o Estado interferisse o mínimo possível na economia.

Apesar do otimismo econômico, diversas questões sociais foram deixadas à deriva pelo Estado Liberal, e muitas foram as crises que ocorreram naquele período; o que, conseqüentemente, no decorrer histórico, exigiu uma atividade estatal com maiores intervenções - fruto do aumento da sociedade e suas complexidades sociais. As pressões sociais e movimentos operários de socialistas em idéias marxistas (século XIX) desenvolveram-se pelo século seguinte.

Tais falhas são reflexos das olvidadas adaptações às mudanças advindas da Revolução Industrial e, por outro lado, da ingenuidade da igualdade meramente formal e da liberdade sem garantias individuais. Acreditou-se em melhorias sociais que aconteceriam pelos próprios homens, e o futuro seria a concretização de homens todos providos naturalmente de virtudes.

A partir das duas grandes guerras acelerou-se a atuação do Estado na sociedade civil, pelo que se chamou, diante das necessidades advindas, de Estado administrador, Estado de Direito Social, contrapondo o Estado Liberal Clássico.

“Quando o Estado, coagido pela pressão das massas, pelas reivindicações que a impaciência do quarto estado faz ao poder político, confere, no Estado constitucional ou fora deste, os direitos do trabalho, da previdência, da educação, intervém na economia como distribuidor, dita o salário, manipula a moeda, regula os preços, combate o desemprego, protege os enfermos, dá ao trabalhador e ao burocrata a casa própria, controla as profissões, compra a produção, financia as exportações, concede crédito, institui comissões de abastecimento, provê necessidades individuais, enfrenta crises econômicas, coloca na sociedade todas as classes na mais estreita dependência de seu poderio econômico, político e social, em suma, estende sua influência a quase todos os domínios que dantes pertenciam, em grande parte, à área de iniciativa individual, nesse instante o Estado pode, com justiça, receber a denominação de Estado social”⁴⁴.

Atualmente a característica principal é a de uma atuação marcadamente ativa do Estado na sociedade civil, havendo influências positiva e negativa das constituições nas exigências sociais, sendo, pois, uma responsabilidade grande demais para ser ignorada diante da sua essência numa realização de um bem geral – por que não dizer, como já demonstrado, à origem da própria democracia.

⁴⁴ BONAVIDES, Paulo. Curso de Direito Constitucional. 7a ed. Malheiros, São Paulo, 1998, p. 186.

Deste modo, as garantias contra atos arbitrários e opressores ainda se fazem necessários, em nada diferente do que antes fora visto na história – mesmo quando comparando-se com o momento da opressão despótica do monarca (momento no qual, segundo Pontes de Miranda⁴⁵, ao menos a fonte legislativa era única). Hoje emergimos diante de um mundo legislador, de complicadas e múltiplas fontes legais, contaminadas por diversas tendências e interesses.

Novamente retornando a Aristóteles, compreendemos o que se queria dizer da célebre afirmação: "Onde as leis não têm força, pululam os demagogos, e o povo torna-se tirano."

"Muitas pessoas costumam confundir meios com fim, considerando que a democracia é um fim em si. Se o "povo" deseja algo, este algo deve ser implementado, pensam. Não notam que tal mentalidade pode levar à uma ditadura ainda mais despótica que a de um monarca todo poderoso. Se o conceito que vale é a vontade da maioria, seria justo em tal regime que a metade mais um indivíduo escravizassem o outro lado em menor número. Creio que ninguém de bom senso aprovaria isso, o que já basta para a conclusão de que a democracia em si não diz nada sobre justiça. Como exemplo concreto dos enormes riscos do "governo do povo", que na prática sempre acaba sendo a ditadura de uns poucos que manipulam o povo, temos a Alemanha de Hitler, cujo Partido Nacional Socialista chegou ao poder através dos votos."⁴⁶

Posto isso, temos que o Princípio da Legalidade é instrumento indelével para a permanência de um Estado Democrático de Direito, fundado na necessidade da prevalência da lei, com vistas ao bem geral pela igualdade e liberdade dos indivíduos – ou seja, o bem de todos os indivíduos, não apenas de uma parcela, mesmo que seja a mais representada.

Observamos acima que o Princípio da Legalidade sempre esteve envolvido nas discussões do fundamento do poder, assim como nos limites deste, geralmente apresentando como problema das relações entre direito e poder, e entre Estado e poder.⁴⁷

⁴⁵ "Em Estados não democráticos, porque o legislador era ou é o príncipe, é pequena a função deste princípio, contudo, menos vexante do que reger os próprios atos pelo que se publica, ainda sem elaboração democrática, é pautá-lo por ordens, portarias e avisos sem a exigência de maiores formalidades; nisso, a lei ao menos tinha unicidade de fonte, o príncipe mesmo." – MIRANDA, Pontes de. Comentários à Constituição de 1967.

⁴⁶ Rodrigo Constantino; extraído de <http://www.midiaseemmascara.com.br/artigo.php?sid=3134> "A Ditadura da Maioria".

⁴⁷ Norberto Bobbio, Estado, Governo, Sociedade – Para uma Teoria Geral de Política, 6ª edição, Editora Paz e Terra, página 93.

O princípio da legalidade obteve o atual destaque mediante os trabalhos dos positivistas que, ao negarem um direito natural, criaram o primado da lei sobre todas as demais fontes do direito.

Sobre esta primazia da lei, o positivismo acreditava que tudo que não pudesse ser resolvido pela lei deveria permanecer sem solução, como característica de uma legalidade estrita. Hans Kelsen foi o maior pregador deste pensamento.

Prevalece a idéia de que a principal característica de uma organização política qualquer é a edição de leis. O que desenvolveu no decorrer histórico foi a relação das leis com as organizações políticas. Em certos momentos há submissão à lei, em outros não.

Historicamente, pelo princípio da legalidade temos que o Estado deve ser submisso às leis. "A sujeição do próprio Estado à vontade decorrente de um de seus órgãos, o Poder Legislativo, só foi possível ao termo de um longo processo de corrosão do absolutismo monárquico. Foi, portanto, o advento do Estado Constitucional que tornou possível falar-se de um autêntico princípio da legalidade"⁴⁸

Há quem afirme que "Este princípio, juntamente com o controle da administração pelo poder judiciário, nasceu com o Estado de Direito e constitui uma das principais garantias de respeito aos direitos individuais. Isto porque a lei, ao mesmo tempo que os define, estabelece também os limites da atuação administrativa que tenha por objeto a restrição ao exercício de tais direitos em benefício da coletividade"⁴⁹

Em hipótese, mesmo que em benefício da coletividade, uma restrição de direitos só é admitida pela lei, posto que a lei, pelo menos em tese, advém da vontade da coletividade, posto que é fruto desta mesma coletividade mediante a representação política.

Deste princípio converge a própria noção de Estado Democrático de Direito, posto que submete o próprio Estado ao Direito que ele mesmo criou; constituindo-se o princípio da legalidade como um dos sustentáculos fundamentais do Estado de Direito.

⁴⁸ Celso Ribeiro Bastos, Curso de Teoria Geral do Estado e Ciência Política, Ed. Saraiva, p. 29.

⁴⁹ Maria Sylvia Zanella di Pietro, Direito Administrativo, 7ª edição, Atlas, p. 61.

É na lei que os indivíduos encontram o fundamento das suas prerrogativas, assim como a fonte de seus deveres, existindo esta como princípio posto em nosso Direito, delineado como direito fundamental – Constituição Federal, artigo 5º, II.

Poderíamos afirmar que o Estado Democrático de Direito é, por assim dizer, o próprio governo da lei; contrário ao que tínhamos até então no governo dos homens, quando arbitrariamente alguns poucos detinham o poder.

“Este princípio, pois, é um dos pilares do Estado Democrático de Direito. Embora o primado da lei, e nessa obviamente há de se compreender a própria Constituição, vigore tanto no que diz respeito aos comportamentos privados quanto aos das autoridades administrativas, o grau desse atuar ao referencial da lei não é diverso”⁵⁰.

Percebe-se que o decorrer histórico transformou a legitimação das ações do Estado, que passou da legitimação do poder monárquico através, por exemplo, da virtude deste (ou mesmo pelo uso de sua força) para o que vemos hoje na legitimação pela lei. Momento que nos exige cautela, pois à posse indireta do poder (pela lei), aparentemente impessoal, termina por atribuir valores e interesses não democráticos, distantes da essência própria do princípio da legalidade.

3.2 A Reserva Legal perante o Princípio da Legalidade

Por oportuno, cabe ressaltar que estes princípios não devem ser confundidos, muito embora a doutrina normalmente deixe de lado tal verificação.

Assim, reserva de lei significa dizer que determinadas matérias estarão subordinadas a lei específica, representando uma reserva de competência legislativa, incidindo sobre assuntos determinados pela Constituição – consiste em estatuir que a regulamentação de determinadas matérias há de se fazer necessariamente por lei formal; observamos o princípio da reserva legal quando a constituição reserva conteúdo específico e determinada à lei.

O princípio da legalidade, por sua vez, é a ampliação deste pensamento, referindo-se à natureza democrática da lei, sendo instrumento não apenas de

⁵⁰ Paulo Bonavides, Ciência Política, 5ª edição, Forense, p. 116

imposição da lei, mas de equilíbrio entre a autoridade constituída e a vontade geral, pois somente mediante autorização advinda de regra geral é que o Estado poderá impor comportamentos aos cidadãos – significa a submissão e o respeito à lei, ou uma autorização para atuação do Estado dentro da esfera estabelecida em lei.

Temos reserva de lei quando uma norma constitucional atribui determinada matéria exclusivamente à lei formal (ou a atos equiparados, na interpretação firmada na praxe⁵¹ – às figuras desenhadas no artigo 59 da Constituição Federal – Emendas à Constituição, leis Complementares, Leis Ordinárias, Leis Delegadas, Medidas Provisórias, Decretos Legislativos e Resoluções; outrossim, todas estas regras estejam postas ao ordenamento sob a regulamentação de norma constitucional ou lei que o faça valer).

O Princípio da Reserva Legal, como corolário⁵² do Princípio da Legalidade, apresenta-se como uma importante base do Estado de Direito, não apenas pela imposição da reserva da lei, mas pela sua consequência direta – constituir segurança jurídica e social.

É o que afirma o conceituado professor Carraza, porquanto "neste dispositivo, contido no rol dos direitos individuais, encontra-se formulado o conceito de liberdade, da forma mais ampla possível, consistindo, de um modo geral, no fato de a atividade dos indivíduos não poder contar encontrar outro óbice além do contido na lei"⁵³

Obviamente, o princípio da reserva legal reflete em si toda a valoração política do princípio da legalidade, sendo instrumento que visa garantir as determinações apontadas por este último, manifestando-se especificamente em pontos nevrálgicos⁵⁴ do Direito, visando garantir a defesa contra possíveis arbitrariedades.

É, pois, sua face mais radical, que age de maneira incisiva em determinadas áreas estratégicas para o equilíbrio geral do sistema jurídico.

O princípio da reserva legal mostra-se de forma mais evidente em áreas sensíveis do direito e da nação, quais sejam, a liberdade e a propriedade,

⁵¹ SILVA, José Afonso da. Curso de Direito Constitucional Positivo, 9.^a edição, São Paulo, editora Malheiros, 1992. p. 368.

⁵² Corolário como consequência direta de uma proposição demonstrada; resultante de uma verdade (princípio) demonstrada.

⁵³ Roque Antonio Carrazza, Princípios Constitucionais Tributários, Ed. Revista dos Tribunais, p. 94.

⁵⁴ Pontos delicados de uma questão.

apanhadas juridicamente pelo Direito Penal e pelo Direito Tributário, ramos do direito que trabalham eminentemente através de formas tipificadas por lei. Então percebemos a importância do princípio da legalidade, preservando garantias individuais e limitando o poder do Estado sobre o cidadão.

Historicamente, devemos lembrar que o princípio da reserva legal remonta a promulgação da *Magna Charta Libertatum* pelo Rei John (João Sem Terra) em 1215 (instrumento renovador da história que, entre outras coisas, subordinava o monarca à lei – “*the law of the land*” – no que se diz da privação da vida, liberdade e propriedade). A partir de então, observa-se a evolução constitucionalista que atingiu a constituição americana de 1776 e passando pelas origens da Revolução Francesa em 1789.

Desejava-se a limitação do poder do Estado pela lei – “As constituições, desde a independência americana, e a revolução francesa, o trazem expresso, firmando a regra secular de que o tributo só se pode decretar em lei, como ato da competência privativa dos parlamentos”⁵⁵.

Temos que o princípio da legalidade se nos apresenta como uma das mais importantes colunas sobre a qual se assenta o edifício do Direito Tributário⁵⁶, para este, a Reserva Legal desenvolve-se de forma bastante rígida, conferindo tão somente à lei o poder da tributação (artigo 150, I da Constituição Federal⁵⁷ - “Sem prejuízo de outras garantias asseguradas ao contribuinte, é vedado à União, aos Estados e aos Municípios: I – exigir ou aumentar tributo sem lei que o estabeleça”).

“A vista de todo o exposto, o princípio da legalidade, no que se refere à instituição ou aumento de tributos, manifesta-se entre nós, como princípio da reserva absoluta da lei”⁵⁸. A lei deve dizer minuciosamente os elementos constitutivos do fato⁵⁹, ou seja, visa a definir um “tipo” tributário específico. Pois apenas aos fatos descritos (tipificados em lei) é que incidirão os tributos. Destarte, não se pode deixar

⁵⁵ Aliomar Baleeiro, *Direito Tributário Brasileiro*, 10ª edição, Editora Forense, p. 79.

⁵⁶ Roque Antonio Carrazza, *Princípios Constitucionais Tributários*, Ed. Revista dos Tribunais, p. 99.

⁵⁷ Artigo 150, I da Constituição Federal: “Sem prejuízo de outras garantias asseguradas ao contribuinte, é vedado à União, aos Estados e aos Municípios: I – exigir ou aumentar tributo sem lei que o estabeleça”

⁵⁸ Roque Antonio Carrazza, *Princípios Constitucionais Tributários*, Ed. Revista dos Tribunais, p. 100.

⁵⁹ Artigo 114, caput, do Código Tributário Nacional: “Fato gerador da obrigação principal é qualquer situação definida em lei como necessária e suficiente à sua ocorrência”

espaços para indeterminações ou incertezas, a Constituição exclui essa possibilidade.

Por este motivo afirma-se que a Reserva de Lei, no Direito Tributário, é absoluta⁶⁰, sendo o instrumento próprio para a criação de tributos, majoração de alíquotas e estabelecimento de obrigações acessórias. Obviamente que existem exceções, no entanto, mesmo estas estão condicionadas por leis que autorizam a competência.

A Reserva Legal representa limitação do poder da tributação do Estado, coaduna-se ao próprio Princípio da Legalidade porquanto este representa a harmonização das atividades do Estado às determinações democráticas de, entre outros, igualdade, liberdade e segurança jurídica.

Desta feita, significa que o Estado limitado à previsão legal para a execução da sua atividade tributária, garante que não haverá outra forma de interferência nessa atividade senão mediante lei. De fato, é mediante a arrecadação tributária que o Poder Executivo realiza suas diretrizes, no entanto, o uso incorreto deste ato pode trazer consequências gravíssimas quando acumula poder econômico para o Executivo, dando margem à prevalência sobre os demais poderes.

Mais ainda se destaca a Reserva Legal quanto ao Direito Penal. Neste ramo do Direito a legalidade deverá estar em favorável destaque, porquanto existe para obstar a privação da liberdade dos cidadãos.

A garantia da segurança jurídica no Estado de Direito também depende da plena certeza da aplicação da pena, sendo inadmissível uma penalização equivocada, lembrando que a primeira função do Estado é trabalhar pelo bem comum.

⁶⁰ Importa saber que o princípio da reserva legal pode ser absoluto ou relativo, absoluto quando exige que o legislador esgote a matéria mediante uso de norma regulamentadora, não dando oportunidade de interferências ao seu aplicador. Reserva relativa quando admitir atuação subjetiva integradora do aplicador da norma no momento em que aplica-la.

Haverá ainda outra classificação de relevância, A) a Reserva Legal formal, quando a matéria estiver reservada a tratamento mediante ato originado do Legislativo - Processo Legislativo. Condiciona-se a validade do ato à sua forma. Por outro lado, a B) Reserva Legal material é característica de normas que, mesmo não sendo formalmente leis, possuem as características conferidas às leis, sendo, portanto, atos normativos revestidos de força de lei (formas específicas de fim próprios) – casos descritos pelos artigos 62 e 68 da Constituição Federal de 1988, quais sejam, a Medida Provisória e a Lei Delegada, que possuem alcance objetivo e delimitado pela própria Constituição Federal e existem para inovar a ordem jurídica.

Para tanto, visa compreender o crime tão somente pelos fatos descritos na lei (somente pela lei), que devem estar “encaixados” exatamente na “forma” de como foram descritos pela lei. Não havendo tipicidade (que é fixada por lei), não se pode enquadrar a conduta na correspondência sancionadora, por consequência, resulta-se na absolvição.

O Princípio da Reserva Legal não autoriza uma aplicação da analogia ou em meras conveniências sociais e a relativização das estruturas legais acabariam por abalar toda a estrutura do sistema jurídico, por gerar insegurança jurídica na racionalização de seus critérios.

Neste entendimento, temos que a interpretação da lei penal deverá ser estrita, beirando a análise gramatical da norma, admitindo-se interpretação por analogia somente quando em benefício do acusado, o que está em plena coerência com sua fonte primária – o Princípio da Legalidade como garantia diante de ingerências do Estado.

Vemos na essência do Direito Penal os conceitos de tipicidade⁶¹ como sendo a correspondência exata entre fato e norma (subsunção), adequação perfeita entre o fato natural, concreto, e a descrição contida na lei - fundamento próprio do Princípio da Reserva Legal.

Assim, para a própria segurança do sistema jurídico, sua guarda somente se opera quando um crime ocorrer exatamente nos moldes do fato descrito na lei penal, “nullum crimen, nulla poena sine lege” (Código Penal, artigo 1.º). Tal rigor advém do Princípio da Legalidade, sendo garantia da liberdade individual.

Pelo todo exposto, temos por evidente que as garantias políticas visadas pelo Princípio da Legalidade, são consubstanciadas na Reserva de Lei.

3.3 O Devido Processo Legal diante do Princípio da Legalidade

É no Devido Processo Legal que estão convergidas as forças do plano democrático do princípio da legalidade, materializa-se na correta subsunção do fato

⁶¹ MIRABETE, Júlio Fabbrini, Manual de Direito Penal, Parte Geral, 4ª edição, Editora Atlas, p. 116.

a norma, afirmando que “ninguém será privado da liberdade ou de seus bens sem o devido processo legal” ⁶².

Em outras palavras, somente o estabelecimento do parâmetro constituído da lei – mediante procedimento legislativo (discutido pelos representantes do povo), visando a garantia da generalidade e objetividade – ordenada em atos também estabelecidos em lei anteriormente constituída que poderá o cidadão ter seu direito restringido.

Implica dizer que as garantias individuais estão resguardadas pela formalização da edição das leis, resultando na preservação da eficácia do sistema jurídico.

A materialização do Devido Processo Legal, como reflexo do Princípio da Legalidade no Princípio da Reserva Legal, nos demonstra seu objetivo quando este também visa representar tanto um direito quanto uma garantia.

O Devido Processo Legal ocupa-se em proteger o cidadão diante de arbitrariedades do Poder constituído, sendo a parte mais concreta (táctil) do mecanismo idealizado primeiramente pelo Princípio da Legalidade, e de sua constituição estratégica (sendo a sua manifestação mais radical) no Princípio da Reserva legal, os quais ainda guardam a natureza de princípios fundadores e orientadores do sistema jurídico, rumo ao bem geral.

A história do Princípio da Legalidade se confunde com a do Devido Processo Legal, remontando novamente à promulgação da *Magna Charta Libertatum* pelo Rei John (João Sem Terra) em 1215 e a subordinação do monarca à “lei da terra” – “*the law of the land*” – expressão que mais tarde, em 1354, durante o reinado de Eduardo III, foi substituída por “*due process of law*”, no conteúdo do “*Statute of Westminster of Liberties of London*”, abrangendo certos direitos específicos, procedimentos e garantias.

Em 1776, a “Declaração dos Direitos da Virgínia” trazia o princípio do “*due process of law*”, dispondo que “nenhum homem será privado de sua liberdade, exceto pela lei da terra ou pelo julgamento de seus pares” (pares está no sentido de seus iguais – o homem somente pode ser julgado por seus – igualdade).

⁶² Artigo 5.º, LIV, da Constituição Federal.

A evolução que se iniciou na experiência inglesa do século XI figura na constituição brasileira de 1988 pelo artigo 5.º, LIV, sendo uma importante norma obstativa de possíveis excessos da autoridade do Estado. É o que observamos quando percebemos que o Devido Processo Legal condiciona qualquer ação do Estado à edição de leis pelas vias democráticas, resultando na lei (por sua natureza) editada pelos cidadãos, através de seus representantes.

Vale ressaltar que neste objetivo, o Devido Processo Legal condiciona a existência de outros princípios; princípio da proporcionalidade, princípio da razoabilidade, princípio do contraditório e o princípio da ampla defesa etc. Consistindo na existência de diversos instrumentos que garantem a tutela a direitos e garantias individuais.

No entanto, seu alcance não se restringe apenas às garantias individuais, tendo importância de destaque perante os direitos da coletividade pela garantia de uma prestação jurisdicional eficiente, pois o devido processo legal também representa uma tutela do próprio processo quando interesses individuais respeitados pelas próprias partes na lide e também pelo juiz diante das partes resulta em uma estrutura dialética que se reverterá na qualidade da prestação jurisdicional e na coerência da sentença diante dos fatos apresentados

Neste sentido, quando as garantias constitucionais do devido processo legal convertem-se de garantias exclusivas das partes em garantias da jurisdição, transformando o procedimento em um processo jurisdicional, que a garantia da imparcialidade da jurisdição brota da colaboração entre as partes e o juiz. “A participação dos sujeitos no processo não possibilita apenas a cada qual aumentar as possibilidades de obter uma decisão favorável, mas significa cooperação no exercício da jurisdição. Para cima e para além das intenções egoísticas das partes, a estrutura dialética do processo existe para reverter em benefício da boa qualidade da prestação jurisdicional e da perfeita aderência da sentença à situação de direito material”⁶³, mesmo as decisões judiciais estão limitadas a este princípio, pois qualquer decisão deve estar fundamentada em lei, que, além disso, terá respeitado um processo validado por lei.

⁶³ GRINOVER, Ada Pellegrini. Processo Constitucional em Marcha, p.8, item 2

Como demonstrado, a guarda do Princípio da Legalidade e do controle rigoroso do Devido Processo Legal coloca o Poder Judiciário na guarda dos fundamentos da própria democracia e subordinando o próprio Estado às garantias individuais (incluindo seu reflexo no processo jurisdicional) de cada cidadão, fim último de sua existência.

É o que percebemos no julgado abaixo, pelas palavras do Sr. Ministro Marco Aurélio de Mello:

RE 158655/ PA – Pará - RECURSO EXTRAORDINÁRIO. Relator: Min. MARCO AURÉLIO. Julgamento: 20/08/1996 – Órgão Julgador: Segunda Turma Publicação: DJ 02.05.1997 PP-16567 EMENT VOL –01867-01 PP 00171 DEFESA – DEVIDO PROCESSO LEGAL – INCISO LV DO ROL DAS GARANTIAS CONSTITUCIONAIS – EXAME – LEGISLAÇÃO COMUM. A intangibilidade do preceito constitucional assegurador do devido processo legal direciona ao exame da legislação comum. Daí a insubsistência da ótica segundo a qual a violência à Carta Política da República, suficiente a ensejar o conhecimento de extraordinário, há de ser direta e frontal. Caso a caso, compete ao Supremo Tribunal Federal exercer crivo sobre a matéria, distinguindo os recursos protelatórios daqueles em que versada, com procedência, a transgressão a texto constitucional, muito embora torne-se necessário, até mesmo, partir-se do que previsto na legislação comum. Entendimento diverso implica relegar à inocuidade dois princípios básicos em um Estado Democrático de Direito – o da legalidade e do devido processo legal, com a garantia da ampla defesa, sempre a pressuporem a consideração de norma estritamente legal.⁶⁴

Também que o Devido Processo Legal é instrumento que não está limitado à exigências de meras formalidades, é instrumento que consubstancia o Direito como manifestação da Justiça vinculando qualquer limitação que porventura possa ocorrer do Estado para o cidadão a uma medida que, como ato legislativo, deve ser reflexo da própria vontade do povo.

A defesa proporcionada pelo Devido Processo Legal ao Direito de Propriedade e Liberdade manifesta-se como consequência direta de toda a evolução da lei pelo Princípio da Legalidade, desde a Lei da Terra “*Law of the Land*” de 1215, passando pela implantação das constituições em diversos países, temos a concluir que o respeito do Estado à propriedade e à liberdade, pela limitação formal a possíveis excessos visa garantir, de forma direta, a estabilidade social da nação.

Diante disso, o indivíduo somente poderá ser privado de seus bens e da sua liberdade mediante aplicação da lei - Devido Processo Legal.

⁶⁴ Fonte: www.stf.gov.br

3.4 – A Lei e o Princípio da Legalidade

O próprio desenvolvimento histórico do Princípio da Legalidade fez da lei a garantia da realização da vontade geral, trazendo harmonia à sociedade enquanto visa disciplinar as relações entre os indivíduos, também entre os indivíduos e o Estado, consolidando a possibilidade de existência de um Estado Democrático de Direito.

No entanto, a supremacia da lei, impondo um Estado fundamentado na vontade do povo, (momento histórico em que foram exigidas posições políticas de maturidade democrática, igualitária e em liberdade), não representa o conceito apropriado da lei, pois, mesmo antes do que temos hoje (ou ao menos estamos crescendo para ter) com o equilíbrio de um Estado Democrático de Direito, a lei sempre foi instrumento de comando e imposições unilaterais na história – apesar de todas as dificuldades desta realização, é neste sentido que devemos caminhar.

Conclui-se que lei e princípio da legalidade não se confundem quando compreendemos que a superação democrática não ocorreu devido à existência de leis, e sim ao advento do dispositivo que coloca a lei em harmonia com o sistema jurídico de um pleno Estado Democrático de Direito, proporcionando-o. Voltando-se para garantias inseparáveis de cada indivíduo e da coletividade – direitos fundamentais da sociedade.

É o que se observa do Princípio da Legalidade, que existe não apenas como norma constitucional que visa impor ao Estado o respeito às leis codificadas por ele mesmo, mas em retirar do Estado qualquer contradição funcional, porquanto ele exista para o bem comum e deve trabalhar neste único objetivo.

“(...) o conceito de lei material se propunha preencher o âmbito da defesa da sociedade frente ao Estado. Porque esse era, simultaneamente, o âmbito do direito, a sociedade estava protegida pela muralha do direito. A Reserva da Lei acrescentava que fazer leis, ou seja, criar direito, só o podia fazer o Poder Legislativo, isto é, a própria sociedade representada nas assembleias legislativas. Mas o Estado, reconhecendo-se limitado pelo direito (normação das relações dos cidadãos entre si e das intervenções do Estado na sociedade), que só à Representação popular competia”.⁶⁵

⁶⁵ VAZ, Manuel Afonso. Lei e Reserva de Lei, A Causa da Lei na Constituição Portuguesa de 1976. Porto, 1992. p. 26.

Assim, o Princípio da Legalidade orienta a lei para o objetivo final do Estado, a realização da vontade geral, impondo, neste objetivo, o respeito à garantias individuais e coletivas dispostas entre os Direitos Fundamentais.

3 O Princípio da Legalidade nos Direitos Fundamentais

“Todos são iguais perante a lei, sem distinção de qualquer natureza, garantindo-se aos brasileiros e aos estrangeiros residentes no país a inviolabilidade do direito à vida, à liberdade, à igualdade, à segurança e à propriedade (...)” - artigo 5º, *caput*, da Constituição Federal – Dos Direitos e Deveres Individuais e Coletivos.

3.1 O Princípio da Legalidade e o Direito à Liberdade

Liberdade é o elemento fundamental da democracia, sendo que o conteúdo de sua expressão (“democracia”) exprime a essência da autoridade que emana do próprio povo. Havendo, contudo, justa distribuição do Poder entre diferentes funções: resumidamente, no poder exercido pelo povo, através de seus representantes – Poder Legislativo – quando a coletividade define as regras gerais de sua convivência; no poder exercido por governantes, que na verdade são administradores escolhidos pelo povo e sujeitos às leis emanadas do Legislativo, que dirigem o Estado em direção à consecução do bem comum e a administração dos bens e serviços públicos – Poder Executivo; e também na função de julgar qualquer ente ou pessoa que desrespeite aquelas leis – Poder Judiciário.

Percebemos que a Lei existe para manter a liberdade dos indivíduos (mesmo de minorias) diante de excessos não apenas do Poder Público, mas também de outros indivíduos e, porque não dizer, de empresas, grupos ou assemelhados.

É o Princípio da Legalidade que dá a lei esta tônica democrática, é fácil de compreender quando lembramos que as leis sempre existiram, mas a Legalidade é instrumento que hoje harmoniza a lei diante dos princípios democráticos.

O artigo 4.º da Declaração dos Direitos do Homem e do Cidadão afirma que: “A liberdade consiste em poder fazer tudo aquilo que não prejudica a outrem; assim, o exercício dos direitos naturais de cada homem não tem outros limites que os que asseguram aos membros da sociedade o gozo desses mesmos direitos. Estes limites somente podem ser estabelecidos em lei”.

No mesmo sentido, Montesquieu afirmava que "Liberdade é o direito de fazer tudo aquilo que as leis permitem"⁶⁶

Assim, a legitimidade é obtida quando a lei exprime a vontade geral, para isso, subentende-se que esta vontade é consequência direta da liberdade exercida pelo povo, e, no sentido do Princípio da Legalidade, liberdade significa fazer normas que obstem qualquer ato opressivo.

3.2 O Princípio da Legalidade e o Direito à Igualdade

Historicamente, lembramos que no passado a lei era compreendida como estatuto, ordenanças de monarcas, fundamentadas unicamente na vontade destes e de seus nobres.

Tal concepção mudou de valor quando por força das constituições, promulgadas como expressão de leis que representariam a vontade do povo, pela via democrática.

Esta mudança se consubstanciou em dois momentos preponderantes: primeiro a Declaração de Independência dos Estados Unidos da América, quando da independência do colonialismo Britânico em 1.776, também a Revolução Francesa (1.789).

Estas mudanças representaram a superação de ideais monárquicos, fundamentalmente de desigualdades, substituídos por princípios democráticos de igualdade (isonomia) e liberdade. Ideais concretizados em ordenamentos que, por suas características revolucionárias, jamais poderiam ser injustos, pois eram frutos da manifestação racional (fruto da influência Iluminista), com eficácia a todas as pessoas, por isso, seriam instrumentos impessoais e igualitários.

Em Aristóteles, temos que:

"A primeira espécie de democracia é aquela que tem a igualdade por fundamento. Nos termos da lei que regula essa democracia, a igualdade significa que os ricos e os pobres não têm privilégios políticos, que tanto uns como outros não são soberanos de um modo exclusivo, e sim que todos o são exatamente na mesma proporção. Se é verdade, como muitos imaginam, que a liberdade e a igualdade constituem essencialmente a democracia, elas, no entanto, só podem aí encontrar-se em toda a sua pureza, enquanto gozarem os cidadãos da mais perfeita igualdade política."⁶⁷

⁶⁶ MONTESQUIEU. O Espírito das Leis, livro XI, capítulo III.

⁶⁷ ARISTÓTELES. A Política, p. 117.

Influência cuja evolução nos ordenamentos ainda se encontra em andamento, mesmo tendo passado por importantes avanços – principalmente quando a representatividade garantiu a participação de todos os setores da população – manifestação de impessoalidade e generalidade advinda desta revolução histórica no sentido da igualdade.

Idéia já defendida por Rousseau, afirmando:

“a lei, como vontade geral, sobre *sujets em corps*, consubstancia-se na generalidade, pois é enquanto prescrição geral que realiza o bem comum, ou seja, que é a medida da liberdade e da igualdade dos cidadãos. Os conceitos normatológicos da *volonté générale* e do *législateur* fazem com que a lei seja entendida em si mesma como a medida da racionalidade e da justiça.”⁶⁸

Podemos perceber que a igualdade, como fruto do princípio da legalidade, colocou os indivíduos como iguais abaixo das mesmas leis. Por isso, favoritismos de quaisquer gêneros desviam o objetivo último da lei, o bem comum, demonstrando uma perigosa corrupção do Estado Democrático de Direito, disso surgindo graves instabilidades ao sistema.

O artigo 5.º inicia-se na afirmação da igualdade entre os indivíduos – a Constituição buscou ressaltar que a igualdade exclui qualquer tipo de distinção – em primeiro lugar, o direito brasileiro não tolera exclusões, da mesma maneira não aceita preferências – sejam: raça, nascimento, classe social, riqueza, sexo, religião etc.

Evidentemente, a igualdade teórica não basta, mera formalidade legislativa não garante a lei como cumpridora de justa igualdade. Neste ponto, deve-se conceituar duas perspectivas sobre o assunto: a igualdade perante a lei e a igualdade na lei.

A igualdade perante a lei quer dizer que a regra garante tratamento imparcial em sua aplicação, a própria norma é o parâmetro de igualdade. Por outro lado, a igualdade na lei amplia-se extensa argumentação de concepções, conforme:

Aristóteles⁶⁹ trouxe ao estudo alguns significados do termo “igualdade”; referindo-se a igualdade no conceito absoluto (sendo uma distribuição de pesos em

⁶⁸ VAZ, Manuel Afonso. Lei e Reserva de Lei, A Causa da Lei na Constituição Portuguesa de 1976. Porto, 1992. p. 518.

⁶⁹ Aristóteles. A Política, p. 236.

igualdade a todos); a igualdade proporcional-quantitativa (da distribuição de pesos conforme critérios próprios, advindos de regras de distribuição, variando a intensidade das distribuições); a igualdade proporcional pelo mérito (distribuição segundo relações de merecimento) e a igualdade proporcional-qualitativa (a distribuição igual aos iguais e desigual aos desiguais).

Nos quatro argumentos acima não conseguimos desvincular a justa noção da igualdade de uma relação de ordem em sentido genérico, no primeiro caso é explícito, nos outros três, embora busquem uma distinção da primeira (seja de forma qualitativa, por méritos ou quantitativa) terminam por exigir uma determinação mediante regras de distribuição, voltando-se ao primeiro argumento.

Em Hobbes⁷⁰, a diferença entre os indivíduos é fruto do próprio estado de natureza, caracterizando a constante “condição de guerra de todos contra todos”, pois a igualdade das capacidades faz surgir a igualdade quanto “à esperança de atingirmos os nossos fins” e, quando todos os homens desejam as mesmas coisas, ao mesmo tempo, por iguais que são em condições, todos tornam-se “inimigos”.

Kelsen trouxe uma visão pessimista perante esta igualdade quando afirmou que “justiça não é igualdade”. Sendo a Justiça uma qualidade que se pode atribuir a indivíduos ou condutas sociais, opera-se por adequações entre fatos e normas, mediante uma relação de implicação (ser - dever ser); portanto, as condutas (ser) são justas por fazerem referência a uma norma de justiça (dever ser); para cada conduta (ser) está apenas uma implicação (dever ser); ocorrendo a dupla implicação para uma mesma conduta (ser), apresenta uma hipótese de invalidade da norma – é inconcebível que a uma mesma conduta possua conseqüentes distintos. Devemos observar que o Direito Positivo vale enquanto harmônico com uma norma de direito natural, significa concluir que não pode ser injusto, mas também que não pode ser justo; assim, ou o direito trata a todos da mesma maneira, posto que todos são iguais e as desigualdades são irrelevantes (o que é absurdo), ou cuidará de cada caso em separado⁷¹, conforme as necessidades, merecimento etc, o que seria ideal em se tratando de Direito concreto, mas não representa o princípio da igualdade

⁷⁰ HOBBS, Thomas. “Leviatã”, p. 113

⁷¹ KELSEN, Hans. “O problema da justiça”, pp. 51-62 “Quando os indivíduos são iguais – mais rigorosamente: quando os indivíduos e as circunstâncias externas são iguais – devem ser tratados igualmente, quando os indivíduos e as circunstâncias externas são desiguais, devem ser tratados desigualmente”

porquanto apresenta a referência de uma norma de igualdade e outra de desigualdade, sendo a última uma descrição de outra norma, que definirá as qualidades nas quais as desigualdades serão levadas em conta, assim, poderia acontecer de uma norma ser aplicada apenas a um determinado caso, e um conceito de igualdade exige ao menos dois fatores para a sua comparação.

Assim, quando chamamos os implicativos de Kelsen de Hipótese (Ser) e Conseqüente (Dever ser) – como é o costume no Direito Tributário – temos que toda norma é igualitária quanto à sua essência na hipótese (posto que ela advém de uma norma), contudo pode ser injusta em seu conseqüente, pelos princípios concretos que ignore.

Portanto, a igualdade perseguida por este princípio deve ser compreendida como a vedação à pessoalidade da lei, posto que ela jamais poderá arbitrar diferenciações fundamentadas em qualidades pessoais de indivíduos ou determinados grupos (tais como raça, sexo, crença, classe, orientação sexual etc), à possibilidade de a lei defender interesses de uma determinada orientação política, defendida por um grupo específico, termina por enfraquecer e corromper a lei em seu sentido igualitário, é o que ensina o professor Manoel Gonçalves Ferreira Filho⁷²:

“A politização da lei abala o princípio de igualdade. (...) Este, se, no Estado de Bem-Estar, aparentemente redobra de prestígio, no fundo se desvaloriza. Com efeito, no desiderato oficialmente declarado de estabelecer uma igualdade ‘real’ entre os homens e grupos, num tratamento diferenciado em razão de suas condições peculiares, multiplicam-se as distinções. Ocorre, então, ‘um recuo da generalidade da lei’, como sublinha Terré. E chega a produzir-se um ‘éclatement’ do direito comum. De fato, este se reduz ao campo restrito enquanto se multiplicam os direitos ‘especiais’. (...) Por outro lado, esse direito ‘igualizador’ não raro se torna um direito de privilegiamento. Sim, porque a razão justificadora da distinção não é freqüentemente uma diferença real, ou a diferenciação não obedece à relação entre meio e fim que a poderia justificar. Costuma ser ditada, ou deformada, em decorrência de cogitações exclusivamente políticas”.

⁷² FILHO, Manoel Gonçalves Ferreira. Estado de direito e constituição, p. 59/60.

3.3 O Princípio da Legalidade e o Direito à Segurança e à Vida

No que se diz do direito à segurança, temos que na primeira visão do assunto sabemos que este direito está vinculado à garantia do direito à vida, trazido neste mesmo artigo, *caput*.

A vida é o bem supremo, por este motivo o artigo 5.^o a coloca em primeiro lugar quando enumera os valores protegidos pela constituição – vida, liberdade, igualdade, segurança e propriedade.

Sobre este ponto de vista, voltamos aos contratualistas (Rousseau), pois a existência de uma sociedade organizada passa pelas garantias de segurança e vida.

Quando os homens abrem mão de uma parcela de suas liberdades para a criação de um Estado, visam à criação de uma organização que diretamente estará promovendo meios para que os indivíduos tenham resguardadas suas vidas por meios ações que lhes garantam a segurança.

Ou seja, a garantia da segurança para a existência da vida é o objetivo principal do Estado, pois foi desta necessidade que o Estado veio a existir.

No entanto, não se deve restringir este direito apenas a este ponto de vista, e a observação da segurança Jurídica é necessidade fundamental a este estudo.

3.3.1 Segurança Jurídica

Primeiramente, deve-se destacar o caráter dúplice da segurança jurídica - objetiva e subjetiva.

Pelo sentido objetivo, a segurança jurídica consiste na exigência de regularidade do sistema jurídico. Subjetivamente, representa necessidade da certeza do direito, ou seja, que seus destinatários tenham conhecimento prévio dos comandos normativos.

Logicamente, quando observamos no artigo 5.^o, II, da Constituição Federal a afirmação de que ninguém está obrigado, ou proibido, de fazer alguma coisa, a não ser mediante a razão da lei, devemos concluir que o referido comando normativo precisa estar claro a todos, para que ninguém incorra em erro, ou também sofra imposições desmerecidas, ou injustas.

No trânsito, quando alguém resolve “virar à direita”, o condutor do veículo precisa saber de forma clara e precisa se esta ação lhe é permitida. Caso o sentido da rua seja constantemente alterado, em função de motivos diversos, a norma perde sua essência de padrão organizador e disciplinar e, por consequência, a segurança jurídica perde o seu valor. Evidentemente, a lei pode determinar alteração no fluxo da via, mas o direito deve agir pela construção da confiança no sistema jurídico.

Em outro exemplo, no Direito Tributário, é bastante comum observar-se: Uma determinada empresa, necessitando realizar apropriação de créditos devidos em impostos, conforme determina legislação específica, recebe autorização normativa para realizar o devido creditamento na forma prescrita por esta norma, no entanto, tempos depois a legislação tributária atualiza-se e a norma determina creditamento diferenciado, gerando lavratura de Auto de Infração ao contribuinte por apropriação indevida de crédito tributário.

Observa-se que o descaso com a segurança jurídica é o primeiro valor abalado do sistema jurídico – origem da crise de confiança⁷³.

Em vista disso, observamos este princípio como importante fundamento do Estado Democrático de Direito, pois representa a garantia da estabilidade e da previsibilidade das regras postas aos cidadãos e ao próprio poder público. Visa equilibrar a ansiedade revolucionária das transformações com vistas à efetividade da Justiça.

Desta maneira, observamos a estreita ligação do princípio da segurança jurídica (objetiva e subjetiva) com o princípio da legalidade (além de outros princípios, como irretroatividade da lei, devido processo legal etc) e ainda com os direitos fundamentais.

É o que temos no pensamento do ilustre professor Miguel Reale quando ressalta que:

“a idéia de justiça liga-se intimamente à idéia de ordem. No próprio conceito de justiça é inerente uma ordem, que não pode deixar de ser reconhecida como valor mais urgente, o que está na raiz da escala axiológica, mas é degrau indispensável a qualquer aperfeiçoamento ético”⁷⁴

⁷³ Misabel de Abreu Machado Derzi. Conferência sobre “Alterações de Normas Constitucionais” durante encontro do Instituto de Direito Tributário do Paraná, ocorrido em 06/09/2007.

⁷⁴ Miguel Reale, Filosofia do Direito. São Paulo. Saraiva, 1996.

3.4 O Princípio da Legalidade e o Direito à Propriedade

A Declaração de Direitos da Virginia (1776), sobre o direito á propriedade, afirmava:

Artigo 1o - Todos os homens nascem igualmente livres e independentes, têm direitos certos, essenciais e naturais dos quais não podem, por nenhum contrato, privar nem despojar sua posteridade: tais são o direito de gozar a vida e a liberdade com os meios de adquirir e possuir propriedades, de procurar obter a felicidade e a segurança.

Artigo 7o - Nenhuma parte da propriedade de um vassalo pode ser tomada, nem empregada para uso público, sem seu próprio consentimento, ou de seus representantes legítimos; e o povo só está obrigado pelas leis, da forma por ele consentida para o bem comum.

A Declaração dos Direitos do Homem e do Cidadão, de 26 de agosto de 1789, fruto da Revolução Francesa, já trazia em seu artigo 17 que a propriedade é direito inviolável e sagrado:

“A propriedade, sendo um direito inviolável e sagrado, ninguém poderá ser dela privado, salvo quando a necessidade pública o exigir de forma evidente, e sempre através de justa indenização”. (artigo 17 da Declaração de Direitos do Homem e do Cidadão).

Um exemplo contrário ocorreu quando nas experiências formuladas pelas democracias populares (a exemplo da antiga URSS) de tendências socialistas, que limitaram profundamente este conceito de direito. Nestas democracias populares, a propriedade mantinha-se de forma provisória, destinando-se a coletivização.⁷⁵ A Constituição da URSS (1977), previa a propriedade ao Estado:

artigo 11, “a propriedade dos kolkhozes e de outras organizações cooperativas e respectivamente associações (artigo 12), e a propriedade pessoal dos cidadãos, que assenta nos rendimentos provenientes do trabalho, reconhecendo o direito de herança”.

Observa-se em diversas Constituições a garantia à propriedade privada e ao pleno direito do seu uso como instituição intocável, excetuando-se algumas situações regulamentadas pela lei – desapropriações. Atualmente, mesmo a Rússia

⁷⁵ FERREIRA, Pinto. “Comentários à Constituição Brasileira”. Volume 1. São Paulo, editora Saraiva. 1989. p. 100.

traz em sua constituição à proteção a propriedade privada (artigo 8º; 2, da Constituição Russa de 1993⁷⁶).

No entanto, esta garantia “inviolável e sagrada” encontra, atualmente, algumas limitações pela imposição do cumprimento da sua função social, exposto na constituição brasileira pelo artigo 5º, XXIII – XXVI.

O inciso XXIV reserva à lei a regulamentação dos procedimentos da desapropriação, que deverá ocorrer “por necessidade ou utilidade pública, ou por interesse social, mediante justa e prévia indenização em dinheiro”. Ou seja, mesmo nos casos de desapropriação, a tomada da propriedade deverá respeitar a sua titularidade, prevendo justa indenização em dinheiro.

Em última análise, a lei protege a propriedade de forma incondicional. Na necessidade de desapropriação de bem, haverá “justa e prévia” indenização “em dinheiro”, recompondo-se assim o patrimônio agredido.

Este posicionamento coaduna-se com princípios contratualistas, como, a exemplo, as idéias de Locke que defendeu a propriedade privada como direito intrínseco à própria existência dos indivíduos.

Para Locke, quando os homens optaram por viver em sociedade (organizada), o Estado teria recebido, destes, a função de garantir meios para que mutuamente houvesse respeito ao bem particular de cada – garantia das propriedades – este respeito mútuo (no privado) levou à existência de um direito geral baseado na igualdade entre as pessoas. Ressalte-se que este pensador consentia na limitação da propriedade ao suficiente para a manutenção da vida de todos.

“Sempre que ele (indivíduo) tira um objeto do estado em que a natureza o colocou e deixou, mistura nisso o seu trabalho e a isso acrescenta algo que lhe pertence, por isso o tornando sua propriedade. Ao remover este objeto do estado comum em que a natureza o colocou, através do seu trabalho adiciona-lhe algo que excluiu o direito comum dos outros homens. Sendo este trabalho uma propriedade inquestionável do trabalhador, nenhum homem, exceto ele, pode ter o direito ao que o trabalho lhe acrescentou, pelo menos quando o que resta é suficiente aos outros, em quantidade e qualidade. (...) Deus, que deu o mundo aos homens em comum, deu-lhes também a razão, para que se servissem dele para o maior benefício de sua vida e de suas conveniências. A terra e tudo o que ela contém foi dada aos homens para o sustento

⁷⁶ Fonte: <http://www.constitution.ru/fr/part1.htm>

Artigo 8, 2. “Dans la Fédération de Russie sont également reconnues et protégées la propriété privée, d'Etat, municipale et les autres formes de propriété”.

e o conforto de sua existência. (...) O trabalho de removê-los daquele estado comum em que estavam fixou o direito de propriedade sobre eles”.⁷⁷

A lei, portanto, é instrumento de equilíbrio, sendo esta o parâmetro e essência própria das liberdades individuais. A lei tem o condão de equilibrar as tensões da coletividade no respeito mútuo da propriedade (não só desta, mas sob diferentes aspectos: vida, liberdade, igualdade etc) e garante a convivência organizada e pacífica.

⁷⁷ LOCKE, Jonh. *Segundo tratado sobre o governo civil: ensaio sobre a origem, os limites e os fins verdadeiros do governo civil - e outros escritos*. Petrópolis, RJ: Vozes, 1994. (Coleção clássicos do pensamento político). p. 98

5. CONCLUSÃO

Pontes de Miranda sabiamente afirmava que somente a lei pode limitar a atividade humana, porquanto ninguém será obrigado ou proibido a alguma coisa, senão em virtude da lei.

Este ditame constitucional coloca qualquer limite individual ou coletivo à exigência de norma jurídica que disponha sobre uma possível limitação apenas como manifestação da vontade geral.

Assim, quando a lei é resultado de uma construção democrática, momento em que se tornou fruto do governo do povo, mediante a representação política de seus escolhidos e não mais no governo despótico de um ou poucos homens, tornou-se instrumento de obtenção de um Estado Democrático de Direito. E por representar a própria democracia, apresenta o padrão de tratamento, e pilar de sustentação da sociedade.

Portanto, o princípio da legalidade, por sua essência democrática, como concreta manifestação da participação popular - tanto na criação, quanto interpretação e limitação das leis (no que se diz ao seu fim último, qual seja, orientar um Estado cujos fins são conduzir meios de sociabilização dos indivíduos e defender garantias a todos os cidadãos) –, em última análise, visa destacar as finalidades para as quais o Estado foi criado.

Nesta sina, deve-se ressaltar que o princípio da legalidade está assentado sobre as bases da democracia, da igualdade e da liberdade, conforme afirmação ainda de Pontes de Miranda.

A conformação do Princípio da Legalidade diante dos Direitos Fundamentais é uma extensão própria da reflexão Constitucionalista pela ótica da lei enquanto manifestação de princípios.

Como princípio, a legalidade tem força normativa e impõe o fundamento legal a qualquer ação estatal, impondo limites às inferências dos governantes e dos órgãos estatais.

Cabe dizer ainda que o princípio da legalidade dá origem a outros princípios de grande relevância em nossa sociedade; vemos no princípio da reserva legal que a regulamentação de determinadas matérias há de se fazer necessariamente por lei

formal (observamos a reserva legal quando a constituição reserva conteúdo específico à determinada lei); no princípio do devido processo legal há o estabelecimento do parâmetro constituído na lei – mediante procedimento legislativo (discutido pelos representantes do povo), visando a garantia da generalidade e objetividade; deste ainda surgindo os princípios do contraditório, da ampla defesa, da proporcionalidade etc, enquanto garantias à tutela de direitos e garantias individuais.

Quanto aos direitos fundamentais, a liberdade é a própria essência da democracia, principalmente quando garante a liberdade dos indivíduos diante de excessos não apenas do poder público, mas também contra outros indivíduos: “A liberdade consiste em poder fazer tudo aquilo que não prejudica a outrem; assim, o exercício dos direitos naturais de cada homem não tem outros limites que os que asseguram aos membros da sociedade o gozo desses mesmos direitos. Estes limites somente podem ser estabelecidos em lei” (artigo 4.º da Declaração dos Direitos do Homem e do Cidadão).

Pelos fundamentos da legalidade, a igualdade nos é apresentada como a superação de uma sociedade cuja estrutura fundamentava a autoridade do monarca; atualmente, o fundamento do poder do governante está na lei, que nasce do próprio povo. O princípio da legalidade também busca garantir a estabilidade e a previsibilidade das regras postas aos cidadãos e ao próprio poder público.

No direito à propriedade, vemos a própria origem do Estado, quando este veio a existir para que o direito à propriedade privada estivesse protegido ante os excessos alheios. Neste mesmo objetivo concebeu-se a lei como meio de equilíbrio às tensões da coletividade e ao respeito mútuo da propriedade, garantindo a convivência organizada e pacífica na sociedade.

Portanto, a própria evolução da sociedade e, por consequência, do pensamento sobre as origens do poder do governante e das garantias indissociáveis do cidadão, resultou na concepção legalista de um Estado de direito baseado em direitos e garantias fundamentais.

REFERÊNCIAS BIBLIOGRÁFICAS

ARISTÓTELES. **A Política**, Editora Martins Fontes.

BARROSO, Luiz Roberto. **Princípio da legalidade. Delegações legislativas. Poder regulamentar. Repartição constitucional das competências legislativas.** 1997.

_____. **Interpretação e aplicação da Constituição**, 2a ed. Saraiva, São Paulo, 1998.

BASTOS, Celso Ribeiro. **Curso de Teoria Geral do Estado e Ciência Política**, Editora Saraiva.

BALEEIRO, Aliomar. **Direito Tributário Brasileiro**, 10ª edição, Editora Forense, página.

BOBBIO, Norberto. **O positivismo Jurídico** - lições de filosofia do direito. São Paulo, Editora Ícone, 1995.

_____. **Estado, Governo, Sociedade – Para uma Teoria Geral de Política**, 6ª edição, Editora Paz e Terra.

BONAVIDES, Paulo. **Curso de Direito Constitucional**. 7a ed. Malheiros, São Paulo, 1998.

CANOTILHO, J.J. Gomes. **Direito Constitucional e teoria da Constituição**. Coimbra: Almedina, 1998.

CARRAZZA, Roque Antonio. **Princípios Constitucionais Tributários**, Editora Revista dos Tribunais.

DALLARI, Dalmo de Abreu. **Elementos de Teoria Geral do Estado**, Editora Saraiva.

GRAU, Eros Roberto. **A Ordem Econômica na Constituição de 1988**, Malheiros Editores, 8ª edição, 2003.

ESPÍNDOLA, Ruy Samuel. **Conceito de Princípios Constitucionais**.

FERREIRA FILHO, Manoel Gonçalves. **Direito Constitucional do Trabalho - Estudos em Homenagem ao prof. Amauri Mascaro do Nascimento**. Ed. Ltr, 1991, Vol. I.

FERREIRA, Pinto. **“Comentários à Constituição Brasileira”**. Volume 1. São Paulo, editora Saraiva. 1989. pág. 100.

FERREIRA, Wolgram Junqueira. **Comentários à Constituição de 1988**.

FILHO, Manoel Gonçalves Ferreira. **Estado de direito e constituição.**

GRINOVER, Ada Pellegrini. **Processo Constitucional em Marcha**, p.8, item 2

HOBBS, Thomas. **Leviatã**, Os Pensadores. Ed. Abril.

KELSEN, Hans. **O problema da justiça.**

MIRANDA, Pontes de. **Comentários à Constituição de 1967**, Tomo I.

MORA, José Ferrater. **Princípio**, in **Diccionario de filosofia**, Editorial Sudamericana, Buenos Aires, 1958.

MONTESQUIEU. **O Espírito das Leis**, livro XI.

MIRABETE, Júlio Fabbrini, **Manual de Direito Penal**, Parte Geral, 4ª edição, Editora Atlas.

RÃO, Vicente. **O Direito e a Vida dos Direitos**, 5.ª edição, Revista dos Tribunais.

ROCHA, José de Albuquerque. **Teoria Geral do Processo**. 4ª ed. Malheiros, São Paulo, 1999.

MELLO, Celso Antônio Bandeira de. **Elementos de Direito Administrativo**. Ed. RT, São Paulo, 1980.

PIETRO, Maria Sylvia Zanella di. **Direito Administrativo**, 7ª edição, Atlas.

REALE, Miguel. **Filosofia do Direito**. São Paulo. Saraiva, 1996.

ROUSEAU. **Do Contrato Social**, Coleção Os Pensadores, pág. 56.

SILVA, José Afonso da. **Curso de Direito Constitucional Positivo**, 9.ª edição, São Paulo, editora Malheiros, 1992. pág. 368.

TUCCI, Rogério Lauria. **Princípio e Regras Orientadoras do Novo Processo Penal Brasileiro**, editora Forense, Rio de Janeiro, 1986

VAZ, Manuel Afonso. **Lei e Reserva de Lei, A Causa da Lei na Constituição Portuguesa de 1976**. Porto, 1992.